



## L'office du juge et les principes

Yves Strickler

### ► To cite this version:

Yves Strickler. L'office du juge et les principes. [0] Formation Ecole Nationale de la Magistrature. 2012. hal-01077512

**HAL Id: hal-01077512**

**<https://hal.science/hal-01077512>**

Submitted on 25 Oct 2014

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**Session de formation continue ENM, Paris, 29 mars 2012 :  
L'OFFICE DU JUGE : QUELS POUVOIRS ? QUELLES DÉCISIONS ?**

Conférence du Pr. Yves STRICKLER  
Professeur à l'Université de Nice Sophia Antipolis  
Directeur du Centre d'études et de recherches en droit privé

### **L'office du juge et les principes**

L'office du juge répond à une mission nécessaire de l'Etat qui s'exerce avec le souci de l'indépendance et de l'éthique professionnelle. De ce point de vue, la première assise de la fonction de juger veut que le juge soit un tiers extérieur aux parties dans sa mission de trancher la contestation qui les oppose, en disant le droit ou en exerçant le contrôle qui lui est dévolu par la loi.

Dans la relation triangulaire établie entre ces personnes qui forment l'axe (voire le barycentre) du procès, une collaboration doit s'instaurer. L'importance de cette démarche parallèle si ce n'est commune, peut être ravivée par le souvenir de l'échec essuyé par l'ancêtre du JME, le « juge chargé de suivre la procédure », dont la mise en place avait avorté en raison de la méfiance qui avait été celle des plaideurs et de la mauvaise coopération qui s'en était suivie.

Mais cette collaboration ne suppose pas nécessairement de placer juges et parties sur un plan strictement horizontal, n'en déplaise au principe de l'égalité des armes parfois opposé au magistrat dans l'exercice de sa mission : je pense tout particulièrement à la sanction de la France pour les dispositions de procédure pénale qui accordaient au ministère public un droit d'appel supérieur à celui reconnu aux parties privées ; il s'agit de l'ancien article 546 CPP, dernier alinéa qui prévoyait que « Le Procureur général peut faire appel de tous les jugements rendus en matière de police », texte supprimé par une loi de juin 1999 au motif qu'il suffit que le Procureur général puisse apparaître comme un adversaire objectif du défendeur<sup>1</sup>. C'était aussi la solution qu'avait adoptée la Chambre criminelle<sup>2</sup> et qui se trouve confortée par la modification de 1999 (le Procureur général dispose désormais du droit d'appel dans les mêmes cas que les autres parties, v. art. 546, al. 1<sup>er</sup>).

On insistera sur le fait que, dans cette discussion, le ministère public était une partie et même la partie principale poursuivante au procès, au contraire du juge qui leur est totalement extérieur.

Le concept d'égalité des armes évoque une égalité complète et en cela le terme est trompeur, puisqu'il renvoie davantage à l'exigence d'un procès équitable<sup>3</sup>. D'ailleurs, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg a elle-même laissé apparaître une évolution à cet égard dans la mesure où l'égalité des armes a d'abord été définie comme donnant à la défense une « entière égalité de traitement par rapport à l'accusation et à la partie civile » (Cour EDH, 23 nov. 1976, *Engel et autres*) ; par la suite, elle a été approchée comme impliquant « l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause [...] dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire » (Cour EDH, 27 oct. 1993, *Dombo-Beheer*<sup>4</sup>).

<sup>1</sup> Cour EDH, 30 oct. 1991, *Borgers c./ Belgique*, série A n° 214 ; J.-F. Burgelin in *Rapport C. cass.* 1996. 47.

<sup>2</sup> 6 mai et 21 mai 1997, BC n° 170 et 191 : « Attendu que le principe de « l'égalité des armes » tel qu'il résulte de l'exigence d'un procès équitable, au sens de l'article 6 (...), impose que les parties au procès pénal disposent des mêmes droits ; qu'il doit en être ainsi spécialement, du droit à l'exercice des voies de recours ».

<sup>3</sup> R. Kœring-Joulin et J.-F. Seuvic, « Droits fondamentaux et droit criminel », *AJDA* 1998, spéc. p. 127.

<sup>4</sup> *Adde* 22 fév. 1996, *Bulut c./ Autriche*, § 47.

Le juge et j'en viens au juge civil, ne peut pas être placé sur le même plan que les parties. Pour certaines dispositions et exigences, sans doute (on pense au contradictoire, que le juge doit faire respecter et doit respecter lui-même), mais pour la plupart des autres, ce n'est pas le cas : le juge dispose de pouvoirs spécifiques en vue d'accomplir sa mission, et ces pouvoirs sont « de direction, d'instruction et d'organisation du procès »<sup>5</sup>.

Le juge est actif ; on a coutume de marquer ce mot dans le temps, avec l'apparition du NCPC. Mais on rappellera que le juge est, selon les mots de Sénèque<sup>6</sup>, *ordinator* (il instruit) et que son office principal est sa *jurisdictio*. C'est bien après Sénèque, avec les principes du libéralisme limitant l'immixtion de tout agent public dans les affaires privées, fut-il juge et donc impartial et indépendant, que le rôle du juge a connu, jusqu'à l'arrivée du nouveau code de procédure civile, une dimension plus passive que celle que nous connaissons de nos jours.

Deux approches, deux philosophies de la mission du juge : actif ou passif ; deux approches du procès : chose laissée entre les mains des parties privées ou manifestation du pouvoir régalién de l'Etat. On sait que, dans chacune de ces approches, les deux tensions contraires sont toujours présentes et la solution à dégager relève, ici comme ailleurs, de la recherche d'un équilibre satisfaisant. Mais par-delà les différences d'approches, il subsiste un principe premier dans toute approche de l'office du juge : il y est toujours question, « par essence », d'un « dépassement de soi »<sup>7</sup>. Ceci étant, les questions éthiques ne nous retiendront pas : elles relèvent plus de questionnements individuels ; elles ne nous retiendront donc pas... sauf lorsqu'elles seront utiles à apprécier certaines règles processuelles que nous rencontrerons dans notre cheminement au travers des principes dominants dans l'étude de l'office du juge.

Un juge, nous l'avons dit, c'est celui qui juge en droit. Il y a, sous ce qui peut paraître constituer une banalité, un réel champ d'investigation qui peut se décomposer en trois thématiques générales, qui donneront à la présente introduction sa structure et qui peuvent être énoncées sous forme interrogative : d'abord, juger ou décider ? Ensuite, juger ou concilier. Enfin, juger ou légiférer ?

### **Juger ou décider ?**

Il n'est pas question ici d'entrer dans les discussions visant à distinguer l'acte de juger et celui d'administrer, mais simplement de dire qu'il est désormais clair que le juge a aussi, dans l'exercice de sa fonction, à porter une vigilance particulière au déroulement du procès qu'il gère et en tant que tel, il participe à l'administration de la Justice dans la recherche de « l'équité du processus délibératif que constitue le procès »<sup>8</sup>. C'est la raison pour laquelle, lorsque la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*<sup>9</sup> énonce « le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions, organes et organismes de l'Union », elle l'approche sous un article 41, intitulé « Droit à une bonne administration ». Le rôle des parties, et surtout, l'office du juge, sont compris sous cette dénomination.

<sup>5</sup> P. Efthymios, « Les pouvoirs d'office du juge dans la procédure civile française et dans la procédure civile grecque (Quelques éléments comparatifs) », *RIDC* 1987, p. 705.

<sup>6</sup> *Epistolae ad Lucilium*, ibidem.

<sup>7</sup> L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, coll. Thémis, 2010, n° 17, p. 71.

<sup>8</sup> L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani-Mekki, *op. cit.*, n° 23, p. 95.

<sup>9</sup> Journal officiel n° C 83 du 30 mars 2010.

Un second texte européen récent réside dans l'adoption par le *Conseil consultatif de juges européens* (CCJE), les 17-19 novembre 2010 à Strasbourg, de la *Magna Carta* des juges (Principes fondamentaux), qui affirme en son premier article que : « Le pouvoir judiciaire constitue l'un des trois pouvoirs de tout Etat démocratique. Sa mission est de garantir l'existence de l'Etat de droit et ainsi d'assurer la bonne application du droit de manière impartiale, juste, équitable et efficace »<sup>10</sup>.

Les règles du procès équitable ne sont cependant pas qu'européennes ; elles sont aussi présentes dans notre législation et ce qui relève du procès équitable a été devancé par bien des dispositions préexistantes dans le Code de procédure civile.

Mais on se souviendra que si, habituellement, le juge tranche un litige en disant le droit, d'autre fois, il n'est pas nécessaire qu'un litige oppose des personnes pour que le juge puisse être saisi et statuer. La matière gracieuse, que présente l'article 25 CPC le montre : il n'y a pas alors de litige ; le juge peut fonder sa décision sur tous les faits relatifs au cas qui lui est soumis (art. 26) ; il procède, même d'office, à toutes les investigations utiles (art. 27) ; et il peut même « se prononcer sans débat » (art. 28).

Et même en matière contentieuse, il n'est pas toujours nécessaire que le juge ait à dire le droit, puisque l'article 12, alinéa 4 autorise les plaideurs à le saisir pour qu'il statue en amiable compositeur (mais dans ce cas, il faut que le litige soit né).

La conception traditionnelle de l'office du juge est dominée par le principe de légalité. De sorte que l'équité passe pour l'exception en procédure civile. C'est assez exact, si l'on veut bien se rappeler cependant que, d'une part, des dispositions font expressément recours à ce concept (précisément l'art. 12, al. 4, mais aussi et par ex. l'article 700 ou, dans le droit substantiel, l'article 1135 du Code civil). Et, d'autre part, d'autres dispositions, s'y réfèrent implicitement. Tel est le cas s'agissant de la modulation de la clause pénale (art. 1152 C. civ.) ou lorsque le juge octroie un délai de grâce (art. 1244-1 C. civ.). Certes, le juge ne statue pas, hors ce cas, en équité et, plutôt, il adapte la règle de droit à ce qui lui semble pouvoir constituer une voie de sortie « équitable », mais l'idée est présente. Elle l'est jusqu'au droit de propriété lorsque l'article 645 C. civ., établi à propos des « servitudes qui dérivent de la situation des lieux », énonce que : « S'il s'élève une contestation entre les propriétaires auxquels ces eaux peuvent être utiles, les tribunaux, en prononçant, doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété [...] ». Le juge a alors à faire preuve de mesure ; à tracer la ligne d'équilibre. Si c'est cela, l'équité, le juge, dans son office et en appliquant la règle de droit, statue d'une certaine façon, en équité !...

Le juge n'est plus une bouche qui se contente de prononcer les paroles de la loi ; il les module et les adapte selon les circonstances et les besoins, surtout avec le développement, assez actuel, des notions « cadre », ces notions souples que l'on nomme parfois le « soft law ». « Pour un juge qui toujours décide... » écrivait le Premier président Pierre Drai<sup>11</sup> en observation au décret du 17 juin 1987 qui avait ajouté les mots « même en présence d'une contestation sérieuse » à l'article 809, alinéa 1<sup>er</sup> du Code en matière de référé. Le juge compare les situations, les préjudices qui risquent de découler des actes des uns et des autres et choisit la mesure la plus adaptée.

Ce faisant, le juge concilie des intérêts divergents. Parfois, il concilie au sens premier du mot.

<sup>10</sup> *Adde* et rapp. la Recommandation CM/Rec(2010)12, faite aux Etats membres sur les juges, adoptée le 17 nov. 2010 par le Comité des Ministres, ayant pour objectif de « délivrer des décisions de qualité dans un délai raisonnable et sur la base d'une considération équitable des éléments ».

<sup>11</sup> *Gaz. Pal.* 22-23 juill. 1987.

## Juger ou concilier ?

L'histoire, comme la pratique quotidienne des juridictions, tend à démontrer que les magistrats s'accordent parfaitement avec le fort mouvement d'opinion en faveur de la recherche d'une solution amiable lorsqu'un litige naît.

La tendance libérale découlant de la pensée révolutionnaire a imposé l'idée que la fraternité étant supérieure à la contrainte, le recours à un procédé d'arbitrage constitue le « moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens » (art. 1<sup>er</sup> de la loi des 16 et 24 août 1790 ; l'article 2 de cette loi autorisant l'arbitrage « dans tous les cas et en toutes matières sans exception »)<sup>12</sup>. A l'origine, le juge apparaît comme un « conciliateur et un arbitre »<sup>13</sup>. La poursuite de l'accord des parties en litige est ainsi considérée comme l'un des éléments de l'office du juge<sup>14</sup>. Aussi, les nombreuses tentatives qui poursuivent la mise en place du « paradigme de justice » que symbolise la conciliation<sup>15</sup> jalonnent l'évolution historique de notre droit. Parmi les principes directeurs, l'article 21 énonce qu'« Il entre dans la mission du juge de concilier les parties » et, en écho, les articles 131-1 et suivants, constituent un *Titre VI bis* intitulé : « La médiation », ajouté au *Livre Ier* relatif aux « Dispositions communes à toutes les juridictions » par le décret n° 96-652 du 22 juillet 1996<sup>16</sup>.

En parallèle, le rôle notable du juge dans le respect des principes directeurs du procès<sup>17</sup> est un gage supplémentaire de l'effectivité de leur application. Le principe de la contradiction domine l'ensemble de ces préceptes fondamentaux de l'instance<sup>18</sup> et sa mise en œuvre, qui conduit à « l'égalité des justiciables dans le procès »<sup>19</sup>, peut laisser place à un débat susceptible de fonder une tentative de conciliation qui est à même d'augmenter les chances de réussite d'une démarche en ce sens.

Une question, délicate, réside toutefois dans l'application concrète de la règle de la contradiction lorsque le magistrat saisi constate l'existence d'une volonté réelle de conciliation chez un plaideur qui est visiblement dans l'ignorance la plus totale de ses droits. Quelle devra être la position du juge dans de telles circonstances ? Le juge doit-il alors rappeler la règle de droit éventuellement applicable ?

<sup>12</sup> Sur la période révolutionnaire : A. Coutet, *De la conciliation en matière civile*, th. Paris, 1936, p. 10 et s.

<sup>13</sup> P. Estoup, « Le Projet de Réforme de la Procédure Civile », *Gaz. Pal.* 1989. I. Doctr., 176.

<sup>14</sup> A. Supiot, préc., *Dr. soc.* 1985. 225.

<sup>15</sup> F. Ruellan, *JCP G* 1990. I. 3431.

<sup>16</sup> JORF 23 juillet 1996. Il s'agit alors, après avoir recueilli l'avis des parties, de « désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose » (art. 131-1).

<sup>17</sup> P. Estoup, « Déclin et renouveau de la procédure civile », *D.* 1987. Chron., 105 ; Cl. Parodi, « L'esprit général et les innovations du Nouveau code de procédure civile », *Deffrénois*, 1976 ; G. Wiederkehr, « Le principe du contradictoire », *D.* 1974. Chron., 95. *Adde* G. Bolard, « Les principes directeurs du procès civil », *JCP G* 1993. I. 3693.

<sup>18</sup> « Le principe de la contradiction [est], sans doute le plus fondamental » de ces préceptes, cf. Rapport au Premier Ministre précédant le décret du 9 sept. 1971, préc., spéc. col. de droite ; v. également Cl. Parodi, *op. cit.*, p. 82. *Adde* G. Bolard, préc., *JCP G* 1993. I. 3693, n° 13 et s.

<sup>19</sup> P. Estoup, préc., *D.* 1987. Chron., 105.

En d'autres termes, faut-il privilégier la conciliation, à l'instar des anciens juges de paix, ou faut-il au contraire éclairer les parties sur leurs droits respectifs, puis, à la lumière de cet éclairage nouveau, proposer une conciliation ?

On évoque les juges de paix, mais de rurale à industrielle puis tertiaire, la société a évolué... et avec elle l'appréciation que les plaideurs se font de l'Autorité. Et si les juges de paix, « plus notables que juristes », imposaient « parfois aux justiciables le sacrifice de droits incontestables »<sup>20</sup>, il n'en va plus de même de nos jours<sup>21</sup> où le plaideur, circonspect à l'égard d'une conciliation par un juge qu'il ne connaît plus comme jadis<sup>22</sup>, va avant tout chercher à imposer ses droits. N'est-ce pas après tout logique et normal, puisque l'équité consiste à « respecter les droits de chacun »<sup>23</sup> ? En regard de cela, lorsque le plaideur en question est précisément dans l'ignorance de ses droits<sup>24</sup>, que devra faire le juge ? Se taire... et prendre acte de la transaction qui, selon l'article 2052, alinéa 2 du Code civil, ne pourra pas être attaquée « pour cause d'erreur de droit »<sup>25</sup> ; ou rappeler le droit avant de proposer la conciliation<sup>26</sup> ?

S'il désire « observer lui-même le principe de la contradiction » (et l'article 16, alinéa 1<sup>er</sup> lui en fait obligation), le juge devra en toute circonstance préférer cette dernière option<sup>27</sup>. Pourrait-on d'ailleurs réellement estimer qu'en privilégiant la conciliation dans une telle situation le juge fait œuvre de paix sociale alors qu'il ferme complaisamment les yeux sur une violation de l'équité et par suite du principe d'égalité qui doit unir les parties lors d'un procès ? On pourrait nous rétorquer que le juge ne doit pas se substituer aux conseils des plaideurs. Mais on dira que le juge peut relever d'office les moyens de droit (art. 12 CPC)<sup>28</sup> et « inviter les parties à fournir les explications de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige » (art. 13 CPC).

La médiation et les autres modes alternatifs de résolution du litige poursuivent une même finalité, qui est de rapprocher les plaideurs et surtout, assurer une décision qui, si elle doit tout de même intervenir, sera mieux acceptée par les personnes en conflit.

Attention toutefois à ne pas admettre comme définitive, cette idée, pourtant entendue de plus en plus souvent, selon laquelle la conciliation serait un moyen si ce n'est *le* moyen pour désengorger la justice. Que l'on cherche à assurer « mieux » la bonne exécution d'une solution d'origine transactionnelle, oui ; que l'on utilise la fraternité en prétexte d'un déni

<sup>20</sup> F. Ruellan, préc., *JCP G* 1990. I. 3431.

<sup>21</sup> Cf. M. Vigneron, aud. sol. de la réception de serment des auditeurs de justice, 10 fév. 1989, *Gaz. Pal.* 6 juin 1989, p. 2 et s. : « Si l'équité ne saurait être absente du raisonnement du magistrat, elle ne saurait cependant résulter de la violation de la règle de droit ».

V. Cass. soc., 19 mai 1967, *Bull. civ.* V, n° 410. - 21 fév. 1980, *Bull. civ.* V, n° 170. - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 janv. 1983, *Bull. civ.* II, n° 10.

<sup>22</sup> A. Goutet, *op. cit.*, p. 78.

<sup>23</sup> Petit Larousse, V° « Équité ».

<sup>24</sup> Comme ce fut le cas dans une affaire relatée par F. Ruellan, préc., *JCP G* 1990. I. 3431 : dans les rapports entre bailleur et locataire, la jurisprudence met à la charge du premier les travaux qualifiés « grosse réparation ». Or un locataire qui ne savait pas qu'il avait juridiquement raison en demandant au bailleur de régler la facture correspondant à une telle réparation, propose un partage par moitié de la somme litigieuse.

<sup>25</sup> V. L. Boyer, *La notion de transaction*, th. Toulouse, 1947, p. 68 et s. et *Rép. pr. civ. Dalloz*, V° « Transaction », n° 273 ; à l'opposé, l'acquiescement à la demande peut être remis en question pour erreur de droit, v. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 oct. 1982, *Bull. civ.* II, n° 128.

<sup>26</sup> Cette solution semble avoir été retenue dans l'espèce rapportée par M. Ruellan.

<sup>27</sup> D. Chabanol, « Une autre façon de juger : la conciliation juridictionnelle dans les Tribunaux administratifs », *Gaz. Pal.* 1987. 1. Doctr., 472 : « à pratiquer une conciliation qui conduirait à cette extrémité [méconnaître la règle de droit] le juge perdrait son âme ».

<sup>28</sup> Par ex. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 févr. 2009, n° 08-11.901, *Bull. civ.* II, n° 51.

déguisé de justice, non. Une doctorante du Burkina Faso, qui soutiendra sa thèse cette année, écrit : « Le recours à la justice traditionnelle est même encouragé par des magistrats face à certains problèmes dont ils n'ont pas envie de s'encombrer. Le récit suivant en est une parfaite illustration : *« Raki s'était brouillée avec son mari, qui décida promptement de s'adresser au tribunal pour garder sa femme. Pendant ce temps, Raki se retrancha chez sa sœur et abandonna ainsi le domicile conjugal. Deux années passèrent, et la vie du couple s'enlisa chaque jour un peu plus dans l'incertitude. Embarrassé par cette situation peu confortable, son téméraire de mari, Mamma, pressa le juge de trancher pour en finir et clarifier la situation. Or ce dernier, au lieu de répondre à la demande, probablement à cause de la responsabilité qu'il sentait peser sur lui quant à l'avenir non seulement du couple mais des liens unissant les familles, convoqua Mamma et lui parla ainsi : « Il faut vraiment être toi pour t'adresser en priorité à nous, alors que cette affaire aurait pu et aurait dû, si la raison l'avait emporté, trouver une solution négociée et nous épargner tout ce gaspillage d'énergie et de mécontentement populaire qu'il a suscité de part et d'autre. Quelle raison t'a poussé à venir me voir, moi, au lieu de passer par les canaux traditionnels<sup>29</sup> ?*

*Je soupçonne chez toi, et chez tous les tiens d'ailleurs, une absence d'amour-propre qui vous empêche de vous entendre avec vos femmes », ajouta le juge, qui se trouvait aussi être un Sow et donc un parent à plaisanterie des Dia, la famille de Mamma<sup>30</sup>, avant de conclure :*

*« Tu dois te rendre compte que cette procédure n'est pas de celles qui t'honoreront et, avec toi, l'ensemble des membres de ta famille. D'ailleurs, si tu insistes pour agir en solitaire, tous les Dia se laveront les mains dans unealebasse et toi tu en boiras le contenu ». Sur ces mots, Mamma se sentit confus. Atteint au fond de lui-même, il décida de donner à sa femme sa liberté, et de laisser tomber son action judiciaire »<sup>31</sup>.*

La solution semble satisfaisante : il n'y a plus de procédure et l'épouse a recouvré sa liberté. Mais le droit a-t-il été dit ?

### **Juger ou légiférer ? Le pouvoir de l'interprétation.**

Les cas dans lesquels le recours à l'interprétation n'est pas nécessaire semblent relever d'une dimension autre qu'humaine : les mots eux-mêmes lorsqu'ils sont prononcés sont reçus par l'interlocuteur avec une marge incompressible d'adaptation, liée à la personnalité et aussi à la subjectivité de celui qui écoute. Il arrive cependant dans le domaine juridique, que l'interprétation puisse s'avérer inutile, dans les rares hypothèses où les prévisions expresses de la loi correspondent exactement aux circonstances de l'espèce. Dans une telle occurrence, la loi doit être appliquée purement et simplement. Dans les autres cas, l'interprétation est incontournable et ce d'autant mieux depuis 1804, et l'article 4 du Code civil qui dispose que : « le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité, ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». Le juge apparaît alors être l'interprète privilégié de la loi. Ce faisant, le pouvoir herméneutique évoque une forme de soumission du juge au législateur, qui en réalité n'est qu'un rappel de la responsabilité qui est celle du pouvoir législatif et du domaine qui appartient à celle que la Constitution nomme *l'autorité judiciaire*. En effet, si la volonté de l'interprète s'exerce dans le cadre des différents partis qu'offre la norme à interpréter, ce qui manifeste sa marge de manœuvre, elle peut aussi frôler la création normative lorsque la juridiction affirme, par exemple, découvrir un principe général du droit<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Pour transposer, remplacer ces mots par « modes alternatifs à la résolution des litiges ».

<sup>30</sup> Ce type d'approche est de nature à poser souci en termes d'impartialité du juge...

<sup>31</sup> C. Eberhard et A. S. Ndongo, « Relire Amadou Hampâté Bâ pour une approche africaine du Droit. Images réfléchies de la "pyramide" et du "réseau" », *RIEJ*, 2001.47.

<sup>32</sup> P. Wachsmann, « La volonté de l'interprète », *Droits* 1999, n° 28, p. 29.

Avec la multiplication des textes et la naissance de sources de conflits nouvelles pour lesquelles le législateur tarde parfois à apporter des réponses, le rôle du juge impose une vision à la fois plus souple et plus ample du pouvoir du juge qui explique qu'a pu apparaître, à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, la figure de l'*amicus curiae*, avec l'intervention du professeur Jean Bernard devant l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation dans la délicate interrogation sur le procédé des mères porteuses<sup>33</sup>. Les débats de société, qui devraient en principe trouver leur réponse au Parlement, sont portés devant les juges. Et l'on sait, pour l'avoir rappelé plus avant, quel est le contenu de l'article 4 du Code civil.

En procédure civile, il est de coutume d'annoncer que le procès est la chose des parties et que le juge doit être neutre. Mais neutralité ne signifie pas passivité ; si le juge n'est qu'un arbitre entre des parties privées et que le jugement de l'affaire n'est pas le jugement des intérêts de l'Etat, rendre la Justice est un pouvoir régalien qui ne peut être totalement abandonné aux parties privées. C'est la raison pour laquelle l'approche de l'office du juge impose de l'apprécier en confrontation avec le rôle des parties privées (I) tout en ajoutant immédiatement que cet office du juge est nécessairement éclairé par les principes processuels (II).

## I. L'office du juge et le rôle des parties privées

A l'analyse de l'instance (A), s'ajoutera celle du litige, entendu de la matière litigieuse : objet et cause (B).

### A. L'instance

**1. Le principe d'impulsion.** Le juge ne peut en principe se saisir lui-même (art. 1<sup>er</sup> CPC<sup>34</sup>). Des exceptions se rencontrent, comme celles des articles L. 631-3 et suivants du Code de commerce en procédures collectives (le tribunal de commerce peut se saisir d'office dès lors qu'il estime que le débiteur est en cessation de paiement afin de statuer sur l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire). Mais à l'occasion de récentes réformes intervenues dans le domaine procédural, on constate que le législateur tend à abroger les facultés d'auto-saisine des juges.

Deux exemples :

- en matière de protection des majeurs incapables, le **juge des tutelles** pouvait se saisir d'office. Cette faculté d'auto-saisine a été abrogée par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 *portant réforme de la protection juridique des majeurs* (art. 430 C. civ.) ;
- en matière de protection de l'enfance, le **juge des enfants** pouvait se saisir d'office. Cette faculté d'auto-saisine a été abrogée par la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 *portant réforme de la protection de l'enfance* (art. 375 C. civ.).

<sup>33</sup> Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, *Bull.* n° 4, *D.* 1991, p. 417, Rapport Y. Chartier, note D. Thouvenin, *JCP G* 1991. II. 21752, concl. H. Dontenwille, note F. Terré, *RTD civ.* 1991, p. 517, obs. D. Huet-Weiller. M. Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD civ.* 1992, p. 489. *Adde* art. 311-9 C. civ. V. depuis, pour une même solution s'agissant d'un service d'amie, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 déc. 2003, n° 01-03.927, *Bull. civ.* I, n° 252 ; *Gaz. Pal.* 2004. 1, somm., p. 1975, note J. Massip.

<sup>34</sup> « Seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement [...] ».



L'introduction comme l'extinction de l'instance<sup>35</sup> appartiennent normalement aux parties. On perçoit la place relative du juge dans ce domaine à la lecture de l'article 332 CPC quand il pose que « Le juge peut inviter les parties à mettre en cause tous les intéressés dont la présence lui paraît nécessaire à la solution du litige », mais qu'en « matière gracieuse, il peut ordonner la mise en cause des personnes dont les droits ou les charges risquent d'être affectés par la décision à prendre ».

Ce rôle en retrait du juge explique que l'article 388 CPC lui fait défense de relever d'office la péremption de l'instance, ou encore, qu'il ne peut suppléer d'office le moyen résultant de la prescription, laquelle constitue une fin de non-recevoir (art. 2247 C. civ.<sup>36</sup>).

En revanche, il **doit** constater la caducité résultant du défaut de saisine du TGI dans les quatre mois (art. 757 CPC ; *idem* pour la procédure à jour fixe, art. 791 et 922). D'autres fois, il **peut** prononcer la caducité (art. 468 : défaut de comparution).

## 2. Clauses relatives à l'action.

**Prescription.** Depuis la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, l'article 2254 du Code civil prévoit, contrairement au droit positif antérieur, une possibilité d'aménagement anticipé de la prescription :

*« La durée de la prescription peut être abrégée ou allongée par accord des parties. Elle ne peut toutefois être réduite à moins d'un an ni étendue à plus de dix ans.*

*Les parties peuvent également, d'un commun accord, ajouter aux causes de suspension<sup>37</sup> ou d'interruption de la prescription prévues par la loi.*

*Les dispositions des deux alinéas précédents ne sont pas applicables aux actions en paiement ou en répétition des salaires, arrérages de rente, pensions alimentaires, loyers, fermages, charges locatives, intérêts des sommes prêtées et, généralement, aux actions en paiement de tout ce qui est payable par années ou à des termes périodiques plus courts ».*

### Compétence.

Au regard de la compétence d'attribution, l'incompétence ne peut être relevée que par le défendeur, de sorte que si les parties sont d'accord entre elles, elles pourront proroger la compétence du tribunal ; cependant, les règles de compétence d'ordre public<sup>38</sup> et l'hypothèse d'une absence de comparution du défendeur, mais elles seules précise l'article 92 CPC, **peuvent** être relevées d'office par le juge<sup>39</sup>.

On rappellera que l'article 41 permet aux parties, le litige né, de « convenir que le différend sera jugé par une juridiction bien que celle-ci soit incompétente en raison du montant de la demande » ; le litige né, les parties peuvent donc renoncer à l'incompétence en raison du montant de la demande.

<sup>35</sup> Art. 384 : « En dehors des cas où cet effet résulte du jugement, l'instance s'éteint accessoirement à l'action par l'effet de la transaction, de l'acquiescement, du désistement d'action ou, dans les actions non transmissibles, par le décès d'une partie ».

<sup>36</sup> « Les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription ».

<sup>37</sup> La loi en a créé de nouvelles dans le Code civil : art. 2238 (médiation ou conciliation) ; art. 2239 (mesure d'instruction *in futurum*).

<sup>38</sup> Par ex. à propos du juge de proximité : « l'article 92 du [...] code de procédure civile ne lui fait pas obligation de relever d'office son incompétence, même en cas de violation d'une règle de compétence d'ordre public » (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 févr. 2007, n° 06-13.175, *Bull. civ.* III, n° 21).

<sup>39</sup> *Adde* art. 92, al. 2 : « Devant la cour d'appel et devant la Cour de cassation, cette incompétence ne peut être relevée d'office que si l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive ou administrative ou échappe à la connaissance de la juridiction française ».

Du point de vue de la compétence territoriale, l'article 48 énonce que : « Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de la compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ».

En dehors du jeu d'une telle clause, l'article 93 indique que le juge ne **peut** relever d'office les exceptions d'incompétence territoriale, que lorsque la matière en litige relève de l'état des personnes, lorsque la compétence relève exclusivement d'une autre juridiction, ou quand le défendeur ne comparait pas (art. 93). S'il s'agit de la matière gracieuse, l'incompétence territoriale peut toujours être soulevée d'office par le juge.

En cas de litispendance, la « juridiction saisie en second lieu doit se dessaisir au profit de l'autre si l'une des parties le demande. A défaut, elle peut le faire d'office » (art. 100)<sup>40</sup>.

On rencontre cependant des règles impératives en la matière<sup>41</sup>, comme celles liées à la compétence exclusive d'une autre juridiction et l'on citera entre autres exemples, l'article 1406 CPC en matière d'injonction de payer<sup>42</sup>, l'article 1038 en matière de nationalité<sup>43</sup> ou encore, l'article R. 231-5, propre à la juridiction de proximité en matière immobilière<sup>44</sup>.

**Clauses relatives aux frais de la procédure.** Certaines clauses peuvent prétendre réglementer la répartition des frais de l'instance. A cet égard, la Cour de cassation a jugé que « le partage des dépens entre parties qui succombent respectivement sur quelques chefs de leurs prétentions relève du pouvoir discrétionnaire des juges du fond et que les conventions particulières des parties sur les dépens ne peuvent porter atteinte à ce pouvoir »<sup>45</sup>.

D'autres clauses, parfois nommées *clause de remboursement forfaitaire des frais de recouvrement judiciaire*, mettent à la charge du débiteur le paiement d'une somme à titre d'indemnité pour le cas où le créancier est contraint à user d'une voie judiciaire<sup>46</sup>. La validité de ces clauses semble admise. La question est celle de l'admission de leur révision par le juge<sup>47</sup>.

<sup>40</sup> Adde les jonctions et disjonctions (art. 367).

<sup>41</sup> Sur les règles rédactionnelle du jugement : art. 77 : « Lorsqu'il ne se prononce pas sur le fond du litige, mais que la détermination de la compétence dépend d'une question de fond, le juge doit, dans le dispositif du jugement, statuer sur cette question de fond et sur la compétence par des dispositions distinctes ».

<sup>42</sup> Article 1406 : « La demande est portée, selon le cas, devant le tribunal d'instance, la juridiction de proximité ou devant le président du tribunal de commerce, dans la limite de la compétence d'attribution de ces deux juridictions.

*Le juge territorialement compétent est celui du lieu où demeure le ou l'un des débiteurs poursuivis.*

*Les règles prescrites aux alinéas précédents sont d'ordre public. Toute clause contraire est réputée non écrite. Le juge doit relever d'office son incompétence, l'article 847-5 étant alors applicable ».*

<sup>43</sup> « Le tribunal de grande instance est seul compétent pour connaître en premier ressort des contestations sur la nationalité française ou étrangère des personnes physiques, sous réserve des dispositions figurant au code de la nationalité pour les juridictions répressives comportant un jury criminel.

*Les exceptions de nationalité et d'extranéité ainsi que celle d'incompétence pour en connaître sont d'ordre public. Elles peuvent être soulevées en tout état de cause et doivent être relevées d'office par le juge ».*

<sup>44</sup> « La juridiction de proximité connaît des demandes incidentes ou moyens de défense qui ne soulèvent pas une question relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction.

*Toutefois, si le moyen de défense implique l'examen d'une question de nature immobilière pétitoire ou possessoire, la juridiction de proximité doit relever son incompétence au profit du tribunal de grande instance ».*

<sup>45</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 févr. 1991, n° 89-20.804, *Bull. civ. II*, n° 53.

<sup>46</sup> L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *op. cit.*, n° 131.

<sup>47</sup> L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *ibid.* Les références d'arrêts données sur ce point dans cet ouvrage ne correspondent cependant pas. Il ne s'agit pas d'une clause pénale.

Pour un pouvoir de modulation, il convient d'utiliser les articles 1134-1135 C. civ.

D'autres clauses, enfin, concernent le choix de l'avocat (art. 19 CPC : « Les parties choisissent librement leur défenseur soit pour se faire représenter soit pour se faire assister suivant ce que la loi permet ou ordonne ») et les garanties de protection juridique, spécialement les clauses qui font « bénéficier l'assuré d'une garantie illimitée s'il [laisse] l'assureur choisir l'avocat ou si l'assureur agréait l'avocat que son assuré proposait [mais stipulent] une garantie plafonnée en considération de la juridiction saisie si l'assuré [choisit] son avocat sans agrément de l'assureur ». Le troisième alinéa de l'article L. 127-3 du Code des assurances prévoit qu'« Aucune clause du contrat ne doit porter atteinte, dans les limites de la garantie, au libre choix » de son avocat par l'assuré. Mais comme c'est dans *les limites de la garantie* que le choix du défenseur s'exerce, la Cour de cassation a estimé qu'une telle clause ne portait pas atteinte à la liberté de choix de l'assuré<sup>48</sup>.

**3. Déroulement de l'instance. Le juge doit** veiller au bon déroulement de l'instance (art. 3)<sup>49</sup> et pour cela, il **peut** « impartir les délais et [...] ordonner les mesures nécessaires » (art. 3). On songe au président, qui peut apprécier l'état de l'affaire et choisir la voie (circuit long ou court : art. 760) ; on songe bien évidemment aussi au juge de la mise en état (art. 764) et à sa mission, art. 763, « de veiller au déroulement loyal de la procédure, spécialement à la ponctualité de l'échange des conclusions et de la communication des pièces ; à ce juge qui « fixe, au fur et à mesure, les délais nécessaires à l'instruction de l'affaire », qui peut « accorder des prorogations de délai » et, « après avoir recueilli l'accord des avocats, fixer un calendrier de la mise en état » auquel cas les délais « ne peuvent [plus alors] être prorogés qu'en cas de cause grave et dûment justifiée ».

Devant les juridictions de l'oralité, le décret n° 2010-1165 du 1<sup>er</sup> octobre 2010 *relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale* est venu ajouter un certain nombre de pouvoir de mise en état au profit du juge rapporteur<sup>50</sup>. Mais on constate que le décret ne prévoit pas, devant le juge rapporteur, la possibilité d'une ordonnance de clôture, ce qui signifie que la mise en état devant le tribunal de commerce reste moins cadrée que celle prévalant devant le TGI.

D'autres délais sont précisés par le Code, comme le délai que le juge peut accorder « au défendeur pour appeler un garant » (art. 109), celui accordé à « un témoin [qui] justifie qu'il est dans l'impossibilité de se déplacer au jour indiqué (art. 217), ainsi que le délai de grâce de l'article 510.

La sanction du défaut d'accomplissement des actes de la procédure dans les délais requis réside dans le rejet des pièces tardives (art. 135) ou encore, l'irrecevabilité des conclusions et pièces qui est prononcée d'office dès l'ordonnance de clôture (art. 783). Nous retrouverons ces points plus loin (v. *infra*).

S'ajoute la radiation de l'affaire du rôle (art. 470 ; art. 781 ; pour la procédure orale, v. art. 446-2). L'article 381 définit la radiation-sanction comme « le défaut de diligence des

<sup>48</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 juill. 1999, n° 97-10.725, *Bull. civ. I*, n° 233.

<sup>49</sup> *Adde* l'article 428, qui renvoie à « la diligence du juge » la communication au ministère public, qui « doit avoir lieu en temps voulu pour ne pas retarder le jugement ».

<sup>50</sup> Ainsi : désigner un conciliateur de justice (art. 863, al. 2), statuer sur les frais de l'art. 700 en cas d'extinction de l'instance (il n'était autorisé à le faire que pour les dépens), dispenser une partie de se présenter à une audience ultérieure (art. 861-3), sur les explications des parties : nouvelle formulation de l'article 446-3 (mais ne devrait rien changer pour le juge rapporteur qui ne peut pas trancher le fond), fixer, avec l'accord des parties, les délais et conditions de communication des prétentions, moyens et pièces (art. 446-2), sachant que la technique des dernières écritures (art. 446-2) peut être utilisée lorsque les parties acceptent de recourir à une instruction écrite.

parties », sachant que cette mesure est une MAJ (art. 383) ; l'alinéa second envisage également la radiation-convenue, à la demande des parties.

Il est cependant des limites à ce pouvoir relatif aux délais et, spécialement, lorsque l'une des parties bénéficie d'un délai d'attente, auquel cas le juge (art. 108) « doit suspendre l'instance ».

**4. Au regard de la preuve.** La charge de la preuve incombe normalement aux parties. Mais le juge peut ordonner toute mesure légalement admissible, à la demande des parties et d'office (art. 10, 143 et 148-149) et en vérifier l'exécution (art. 155, 167 ; puis reprise d'instance : art. 172). Dans le suivi des mesures d'instruction, il peut ajouter aux mesures déjà prises (art. 166). Lorsqu'il intervient, le juge ne doit pas inverser la charge de la preuve (art. 9). Le rôle du juge est une aide et il n'a donc pas à prendre en charge l'administration de la preuve (art. 144-146). C'est pourquoi, d'une part, il ne peut pas pallier la carence des parties dans l'administration de la preuve (art. 146, al. 2), ce qui s'apprécie de la manière suivante : pour que le juge puisse intervenir, il « suffit que la demande soit plausible et qu'il n'y ait aucun autre mode de preuve possible que la mesure d'instruction »<sup>51</sup>.

D'autre part, quand le juge ordonne une mesure, il doit limiter le choix de la mesure à ce qui est suffisant pour la solution du litige, en s'attachant à retenir ce qui est le plus simple et le moins onéreux (art. 147). Dans une même visée, « seuls les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet d'une mesure d'instruction »<sup>52</sup>.

Le juge dispose également d'un pouvoir d'injonction à l'encontre des parties, qui doivent communiquer les pièces dont elles sont en possession et, de même, à l'égard des tiers, qui doivent produire les pièces (art. 11) - communication des pièces : art. 132 et s. ; obtention des pièces des tiers : art. 138 et s.

En cas de refus ou d'une abstention d'une partie d'apporter leur concours aux mesures d'instruction, le juge peut en « tirer toute conséquence » (art. 11).

Mais la communication (qui doit être spontanée), production et obtention de pièces imposent une demande des parties (art. 11, 134, 138, 142) ; ce ne sont pas des mesures d'instruction...<sup>53</sup>

Concernant la loyauté de la preuve, on sait qu'en matière pénale, l'obtention détournée d'éléments de preuve est admise pour peu que les parties puissent, ensuite, en discuter de manière contradictoire devant le juge. La CA de Paris s'en était inspirée en matière civile en considérant que si des enregistrements « ont constitué un procédé déloyal à l'égard de ceux dont les propos ont été insidieusement captés, ils ne doivent pas pour autant être écartés du débat et ainsi privés de toute vertu probante par la seule application d'un principe énoncé abstraitement, mais seulement s'il est avéré que la production de ces éléments a concrètement porté atteinte au droit à un procès équitable, au principe de la contradiction et aux droits de la défense de ceux auxquels ils sont opposés ». La Cour de cassation, réunie en Assemblée plénière le 7 janvier 2011<sup>54</sup> a considéré, au visa de « l'article 9 du code de procédure civile, ensemble l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve [...] que l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos

<sup>51</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 déc. 1980, *JCP G* 1980. IV. 90.

<sup>52</sup> Cass. crim., 11 janv. 2012, n° 10-88197 : l'arrêt vise les articles L. 450-4 C. com. et 143 CPC : « le juge [...] ne pouvait ordonner une mesure d'instruction sans rapport concret avec le litige comme tendant à apprécier la possibilité pour les enquêteurs de procéder autrement qu'ils ne l'avaient fait ».

<sup>53</sup> Sous réserve de la demande fondée sur l'article 145 CPC.

<sup>54</sup> Pourvois n° 09-14316 & n° 09-14667, *Bull.* n° 1.

tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve » (application, « sauf disposition expresse contraire du code de commerce, [des] règles du code de procédure civile [...] au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence »).

**5. Le déroulement du procès est aussi son achèvement.** Dans la perspective d'une effectivité de la décision rendue, on rappellera simplement que le juge dispose de pouvoirs facultatifs en matière d'exécution provisoire (v. art. 515).

## **B. Le litige (la matière litigieuse : objet et cause)**

L'objet du litige est déterminé par les parties (art. 4 CPC). C'est le principe dispositif qui donne la main aux parties. Ce sont elles qui décident de l'engagement du procès, de son extinction, mais aussi de son contenu.

De sorte que le juge est limité par ce qui est demandé et ne peut se prononcer que sur cela. Le juge ne peut rien modifier et doit rester neutre à cet égard. Ne pouvant changer l'objet du litige, le juge **doit** se prononcer sur tout ce qui est demandé mais pas au-delà et pas en-deçà (art. 5). C'est l'interdiction de l'*infra* et de l'*ultra petita*.

Le juge ne saurait davantage (art. 7, al. 1<sup>er</sup>) fonder sa décision sur des faits hors du débat.

Précisément au regard des faits : ce sont les parties qui ont la charge d'alléguer les faits qui sont de nature à fonder leurs prétentions (art. 6). Et si le juge ne peut se prononcer sur des faits qui ne sont pas dans le débat, cela signifie qu'il ne peut pas prendre d'initiatives en dehors du champ fixé par les parties (comme par ex., interroger les parties ou des tiers sur des faits hors débat). Il ne doit donc pas aller au-delà des faits proposés par les parties, au nom, par exemple, de la volonté de rechercher toute la vérité sur l'affaire. Il n'a pas davantage à intégrer dans les débats des éléments de connaissance personnelle qu'il pourrait détenir.

On signalera qu'en matière gracieuse, qui ne se voit pas appliquer le principe dispositif, le juge peut utiliser « tous les faits relatifs au cas qui lui est soumis, y compris ceux qui n'auraient pas été allégués » (art. 26). Les mots « tous les faits » s'entendent des faits dans le débat.

Mais, parmi les éléments de fait, le juge peut prendre en considération même ceux que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions (art. 7, al. 2). Ainsi, lorsque les parties ont communiqué des éléments au juge, même sans s'appuyer sur eux, ils font partie des éléments du débat possible et le juge peut s'en servir.

Dans un arrêt du 17 mai 2011<sup>55</sup>, un emprunteur demandait la nullité des prêts qui lui avaient été consentis. Cette demande a été rejetée car l'emprunteur ne rapportait pas la preuve d'une erreur dans le taux effectif global ; le juge fonde sa décision sur un moyen de fait qui n'avait pas été invoqué dans les écritures des parties, et « sans préalablement les avoir invitées à présenter leurs observations sur le moyen qu'il avait relevé d'office ». La Chambre commerciale de la Cour de cassation, après avoir rappelé que l'analyse financière et le contrat de prêt avaient été produits aux débats, en a déduit qu'en ne provoquant pas les observations des parties, le juge d'appel n'avait pas violé le principe de la contradiction. Pour le Pr Roger Perrot, il y a ici une confusion entre deux problèmes logiquement distincts. D'une part, la délimitation des faits sur lesquels le juge peut fonder sa décision : l'article 7 dit que le juge ne peut fonder sa décision que sur les faits qui sont dans le débat (al. 1<sup>er</sup>), même si les parties n'en auraient pas fait mention dans leurs écritures (al. 2). D'autre part, le pouvoir d'office du

<sup>55</sup> Cass. com., 17 mai 2011, n° 10-17.397, *Bull. civ.* IV, n° 77 ; *D.* 2011. 1477, obs. V. Avena-Robardet ; *RTD civ.* 2011, p. 590, obs. R. Perrot.

juge, dans les limites tracées par ce texte : s'il tire d'office un moyen que les parties n'ont pas invoqué dans leurs conclusions (pouvoir prévu par l'article 7, alinéa 2), le juge doit alors, en application de l'article 16, inviter les parties à présenter leurs observations sur le moyen relevé d'office.

La confusion, que cette récente décision opère à nouveau, a été précédemment dénoncée, notamment par le Doyen Jacques Normand<sup>56</sup>. Elle reste présente dans les décisions suivantes :

- Cass. soc., 17 janv. 2002, n° 99-20.750, *D.* 2002. 2704, note G. Bolard ;
- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 sept. 2008, n° 06-17.859, *Bull. civ. I*, n° 204.

Ajoutant à l'article 7, alinéa second, l'article 8 affirme que le juge peut inviter les parties à fournir des explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige, ce qui montre bien que le juge doit se saisir des prétentions des parties et du cadre dans lequel celles-ci s'inscrivent. Et même davantage puisqu'il peut, non seulement tirer toute conséquence de droit des déclarations et même du silence des parties (art. 198), mais encore, il peut « inviter les parties à mettre en cause tous les intéressés dont la présence lui paraît nécessaire à la solution du litige » (art. 332), « convoquer ou entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile à la manifestation de la vérité » (art. 218), et interroger tout témoin sur des « faits ne seraient pas indiqués dans la décision prescrivant l'enquête » (art. 213).

On vient de constater que le juge n'est pas forcément inactif au regard des faits et qu'il peut « inviter les parties à fournir les explications de fait [art. 8] qu'il estime nécessaires à la solution du litige ». Il en va de même des explications de droit (art. 13).

#### **Au regard du droit, le juge doit :**

- trancher « le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables » (art. 12, al. 1<sup>er</sup>)
- « donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée » (art. 12, al. 2), sauf (al. 3) si les parties ont entendu le lier « par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat ».

La qualification des faits est toujours opérée d'office par le juge (*jura novit curia*). Le juge a ainsi l'obligation de qualifier ou requalifier les faits et actes litigieux qui ont été spécialement évoqués par les parties. Il doit donc vérifier la qualification proposée par les parties et la corriger si elle devait s'avérer erronée, dans la limite cependant de l'objet du litige que le juge ne peut modifier. Et on rappelle qu'il peut prendre en considération les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions (art. 7, al. 2).

Mais la règle posée, qui oblige le juge à qualifier ou requalifier, signifie aussi que si les parties n'ont pas précisé le fondement de leurs demandes, le juge doit rechercher la règle de droit appropriée. Lorsque les parties ne qualifient pas les faits, lorsqu'aucun fondement juridique n'est invoqué par elles, le juge doit procéder à la qualification et dégager la règle adéquate.

Inversement, lorsque le demandeur a précisé le fondement juridique de sa prétention le juge, s'il peut rechercher lui-même la règle de droit applicable au litige, n'en a pas l'obligation<sup>57</sup>. Mais lorsqu'une règle est invoquée, le juge doit vérifier que les conditions de son application sont réunies. Une illustration : une partie demande l'application de la loi monégasque ; le juge la condamne en application de la loi française en relevant d'office, sans avoir au préalable

<sup>56</sup> « Le juge et le fondement du litige », in Mél. Hébraud, p. 595, spéc. p. 609, n° 25 s. ; *RTD. civ.* 1986, p. 795, 1987, p. 292, 1988, p. 311. - Adde H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. III, n° 96.

<sup>57</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 févr. 2006, n° 03-12.004, *Bull. civ.* n° 86.

invité les parties à présenter leurs observations, que le contrat qui régit les relations des parties prévoit que *tout litige susceptible de naître de l'application du contrat* [est] *soumis à la loi française* ; le juge décide donc que cette loi doit s'appliquer, et à raison car il est tenu « de vérifier les conditions d'application des règles de droit invoquées relatives à la loi applicable [et la Cour de cassation, dans cette situation, a décidé que ce juge a] pu fonder sa décision sur ce document, sans introduire dans le débat un élément de fait dont les parties n'ont pas été à même de débattre contradictoirement »<sup>58</sup>. La solution peut néanmoins étonner car les conditions des lois monégasque et française ne sont pas nécessairement identiques ; certes elle est conforme à l'idée que les parties ont fourni le fait et que le juge dit le droit, mais le juge, alors, n'a-t-il pas introduit, ce faisant, des éléments nouveaux dont il conviendrait de discuter ?

Qu'en est-il lorsque le fondement juridique de la demande tel que proposé par les parties n'était pas le seul envisageable ? Le juge doit-il examiner, d'abord, la demande telle que formulée par les parties, puis, toutes celles qui n'ont pas été envisagées par elles ?

La Cour de cassation a tranché cette interrogation par un arrêt d'Assemblée plénière du 21 déc. 2007 : « si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du nouveau code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes ; qu'ayant constaté, par motifs propres et adoptés, qu'elle était saisie d'une demande fondée sur l'existence d'un vice caché dont la preuve n'était pas rapportée, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de rechercher si cette action pouvait être fondée sur un manquement du vendeur à son obligation de délivrance d'un véhicule conforme aux stipulations contractuelles, a légalement justifié sa décision de ce chef »<sup>59</sup>.

Les règles particulières qu'évoque la décision tiennent à l'ordre public (par ex. l'article 120, qui vise les exceptions de nullité « fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure [quand] elles ont un caractère d'ordre public »<sup>60</sup> ; ou des fins de non recevoir d'ordre public, art. 125<sup>61&62</sup>) ou à l'application d'une loi étrangère<sup>63</sup>.

Il s'ensuit qu'au regard des moyens de droit, c'est une faculté pour les juges que de les relever d'office, mais une faculté qui laisse place, par exception, à une obligation en présence de moyens de pur droit (càd la règle d'ordre public ; la présence d'un litige international).

Le moyen dit *de pur droit* est celui « qui n'exige l'appréciation d'aucun fait non déduit devant le juge du fond »<sup>64</sup>, autrement dit, c'est un moyen implicitement invoqué compte tenu de l'exposé des prétentions en fait et en droit, ou, présenté encore autrement, c'est un moyen qui est « nécessairement dans la cause ».

<sup>58</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 avr. 2011, n° 07-15.266, *Bull. civ. II*, n° 96.

<sup>59</sup> Cass. Ass. plén., 21 déc. 2007, n° 06-11.343, *Bull. civ. n° 10*.

<sup>60</sup> « Les exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public.

Le juge peut relever d'office la nullité pour défaut de capacité d'ester en justice ».

<sup>61</sup> « Les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours.

Le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée ».

<sup>62</sup> *Addé* : connexité (art. 101), nullité pour vice de forme (art. 114), irrecevabilité pour défaut d'écrit distinct et motivé dans la QPC (art. 126-2).

<sup>63</sup> Ex. art. 3 et 309 C. civ. : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 nov. 2011, n° 10-25.206, *Bull. civ. I*, n° 203 ; 8 juill. 2010, n° 09-66.658, *Bull. civ. I*, n° 163 ; loi du 5 janv. 1985 : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 janv. 2000, n° 98-13.871.

<sup>64</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 févr. 1975, n° 74-10668, *Bull. civ. II*, n° 37.

Ce concept est surtout utile pour l'appréciation du pourvoi en cassation, puisque le moyen de pur droit, présenté pour la première fois devant la Cour de cassation, n'est pas recevable<sup>65</sup> ; mais il montre aussi, ce faisant, que le juge qui n'a pas soulevé d'office un moyen de pur droit pourra se voir sanctionné à ce titre par la Haute juridiction – on relèvera d'ailleurs que l'expression « moyen de pur droit » n'existe plus dans le Code que dans des dispositions relatives à la Cour de cassation : art. 619, 620, 1015.

Le juge qui soulève d'office un moyen de droit doit, bien sûr et comme on sera amené à le dire en parlant du principe de la contradiction, inviter les parties à formuler leurs observations.

Le juge peut donc soulever d'office les moyens de droit. Il est cependant admis que le juge ne peut pas, du moins en principe, soulever d'office des moyens qui ont pour objet de protéger des personnes et ceci, même lorsque ces moyens sont d'ordre public. Seules la personne protégée doit pouvoir invoquer les dispositions concernées. C'est là une modalité d'application de ce qui a été nommé l'*ordre public de protection*. Cette règle et sa conséquence prévalent s'agissant des dispositions relatives à la protection de l'emprunteur<sup>66</sup>, à la nullité du contrat d'intégration agricole<sup>67</sup>, à la protection du salarié<sup>68</sup> et, de manière générale, en droit des obligations<sup>69</sup>. La même règle valait pour les dispositions du Code de la consommation<sup>70</sup>. Mais depuis la loi du 3 janvier 2008, dite *loi Chatel*, le nouvel article L. 141-4 du Code de la consommation énonce que : « Le juge **peut** soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application ». Certains s'en félicitent en disant que cela renforcera notamment la lutte contre les clauses abusives ; et c'est certainement très positif à une époque où les « petits litiges » me semblent de plus en plus mis au ban des préoccupations du législateur. Mais cela peut aussi conduire à une conséquence négative pour le consommateur : que l'on songe aux dispositions relatives au surendettement civil où, jusqu'à présent, le juge ne pouvait relever d'office la fin de non-recevoir tirée de la mauvaise foi du débiteur...<sup>71</sup>.

On ajoutera pour terminer sur ces questions que, depuis le décret du 28 décembre 1998, l'assignation doit contenir, à peine de nullité, l'objet de la demande avec un exposé des moyens en fait et en droit (art. 56 CPC). Le juge ne peut relever d'office le moyen : cette nullité pour vice de forme suppose « la demande de la partie intéressée »<sup>72</sup>. Elle impose aussi de « caractériser le grief résultant de l'irrégularité dénoncée »<sup>73</sup>. On remarquera qu'à défaut

<sup>65</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 14 sept. 2010, n° 09-68104.

<sup>66</sup> Cass. com., 3 mai 1995, n° 93-12256, 128. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 févr. 1995, n° 92-18.019, *Bull. civ. I*, n° 97. – Cass. com., 29 mars 1994, n° 92-11.843, *Bull. civ. IV*, n° 134. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 janv. 1992, n° 90-18.121, *Bull. civ. I*, n° 22.

<sup>67</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 janv. 1995, n° 92-20.557, *Bull. civ. I*, n° 18.

<sup>68</sup> Cass. soc., 30 oct. 2002, n° 00-45.572, *Bull. civ. V*, n° 332. – 12 fév. 1975, n° 74-40.062, *Bull. civ. V*, n° 68.

<sup>69</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 8 oct. 2008, pourvoi n° 07-14396, *Bull. civ. III*, n° 148 (condition du contrat impossible). – 29 mars 2006, pourvoi n° 05-16032, *Bull. civ. III*, n° 88 (absence de cause). – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 nov. 2004, pourvoi n° 03-10766, *Bull. civ. I*, n° 216 (absence de cause). – 20 fév. 2001, pourvoi n° 99-12574, *Bull. civ. I*, n° 39 (nullité du contrat d'organisation de l'arbitrage). – 9 nov. 1999, pourvois n° 97-16306 & 97-16800, *Bull. civ. I*, n° 293 (absence d'aléa).

<sup>70</sup> V. encore dern. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 janv. 2009, n° 05-20176, *Bull. civ. I*, n° 9 (le juge « peut »). *Adde* Cass. avis, 16 déc. 1994, n° 09-40020, *Bull. civ. n° 25* : en matière de surendettement, « le juge ne peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée de la mauvaise foi du débiteur ».

<sup>71</sup> Cass. avis, 16 déc. 1994, précité.

<sup>72</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 juill. 1986, n° 84-16.110, *Bull. civ. II*, n° 132.

<sup>73</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 juill. 1986, précité. – Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 mars 2010, n° 09-14.259 (à propos de l'art. 1033, sur renvoi après cassation).



d'initiative de l'adversaire, qui omet de soulever la nullité, le juge aura l'obligation d'envisager tous les fondements possibles de la demande portée devant lui...

Par ailleurs, la notion de nullité de forme est parfois à la marge d'exigences plus fondamentales. Ainsi, à supposer que le défendeur soit non comparant en présence d'un vice de forme, par exemple en raison de la mention inexacte, dans l'assignation, du jour de la comparution, le juge doit pouvoir relever d'office l'irrégularité constatée.

Depuis 2006 et la jurisprudence *Cesareo*<sup>74</sup> les parties ont l'obligation de proposer le droit et d'envisager toutes les qualifications possibles des faits, sauf à être réputées avoir abandonné celles non invoquées. L'obligation de concentration des moyens qui leur est imposée, empêche désormais de saisir à nouveau un juge de première instance de moyens qui n'ont pas été portés devant le juge de premier degré précédemment saisi.

« il incombe au demandeur<sup>75</sup>, de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci ». Pourquoi ? Car « en invoquant un fondement juridique qu'il s'était abstenu de soulever en temps utile », le plaideur génère une « identité de cause des deux demandes » qui a pour conséquence « que la demande se [heurte] à la chose précédemment jugée relativement à la même contestation »<sup>76</sup>. La concentration des moyens s'opère donc par la sanction de la chose jugée<sup>77</sup>.

## II. L'office du juge éclairé par les principes processuels

### A. Le principe fondateur : la contradiction

L'article 14 CPC affirme l'exigence de la contradiction en indiquant que « Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée ». Le juge doit relever d'office l'éventuelle inobservation de cette règle d'ordre public par les parties<sup>78</sup> et il lui incombe d'opérer cette vérification<sup>79</sup>.

La violation d'un principe fondamental de procédure peut constituer un excès de pouvoir, de sorte que si toute voie de recours est fermée au plaideur qui est victime de cette violation du principe de la contradiction, « la voie exceptionnelle de l'appel-nullité lui reste ouverte »<sup>80</sup>.

L'exigence de la connaissance, par le destinataire de l'acte de saisine du juge, se retrouve dans les règles particulières relatives aux notifications internationales de l'article 688 CPC, avec des nuances puisque le juge pourra statuer au fond, sous certaines conditions<sup>81</sup>. En outre,

<sup>74</sup> Cass. Ass. plén., 7 juill. 2006.

<sup>75</sup> Mais aussi au défendeur, la concentration des moyens s'imposant indifféremment à chacun d'eux : Cass. com., 20 févr. 2007, n° 05-18.322, *Bull. civ. IV*, n° 49; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 févr. 2008, n° 06-22.093, *JCP* 2008. II. 10052, note L. Weiller, *Procédures* 2008, comm. 104, obs. R. Perrot.

<sup>76</sup> Cass. Ass. plén. 07 juillet 2006, précité.

<sup>77</sup> Depuis le décret du 20 août 2004, le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée (art. 125). Elle cesse d'être d'intérêt privé pour entrer dans le champ d'intervention d'office du juge.

<sup>78</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 mai 1989, n° 88-11.941, *Bull. civ. II*, n° 105. - V. déjà 10 mars 1982 n° 81-10.023, *Bull. civ. II*, n° 38. V. aussi et rapp. 23 juin 2011, n° 09-15.572, *Bull. civ. II*, n° 139. - Cass. soc., 22 juin 2011, n° 10-10.563. - Cass. com., 7 avr. 2010 n° 09-11.002, *Bull. civ. IV*, n° 74. - 3 nov. 2004, n° 01-01855, *Bull. civ. IV*, n° 190. - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 mars 1993, n° 93-60.084, *Bull. civ. II*, n° 101.

<sup>79</sup> Par ex. Cass. soc., 22 févr. 1996, n° 93-20.145, *Bull. civ. V*, n° 70.

<sup>80</sup> Cass. com., 16 juin 2009, n° 08-13.565, *Bull. civ. IV*, n° 82 ; *Procédures* 2009, comm. 280, Rolland. – 8 mars 2011, n° 10-30.629. - *Contra* : Cass. Ch. mixte, 28 janv. 2005, n° 02-19.153, *Bull. n° 1* ; *Procédures* 2005, comm. 87, note R. Perrot ; *JCP G* 2005, I, 125, § 14, obs. S. Amrani-Mekki.

<sup>81</sup> « 1° L'acte a été transmis selon les modes prévus par les règlements communautaires ou les traités internationaux applicables ou, à défaut de ceux-ci, selon les prescriptions des articles 684 à 687 ;

s'il n'est pas établi que le destinataire de l'acte en a eu connaissance en temps utile, le juge peut prescrire d'office toutes diligences complémentaires pour s'en assurer et, dans le même temps, « ordonner immédiatement les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires à la sauvegarde des droits du demandeur » (deux dern. al. du texte).

A cette connaissance s'ajoute, dans les procédures qui accélèrent le cours du temps, la vérification « qu'il s'est écoulé un temps suffisant [pour que le défendeur] ait pu préparer sa défense » (art. 486, 792, 811, 849-1, 873-1, 879, 896, 923, 948 et 1136-6 CPC).

**Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction » (art. 16, al. 1<sup>er</sup> CPC).** Ceci est spécialement imposé au juge lorsqu'il entend faire usage de ses pouvoirs d'office. De même, le juge ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir, au préalable, invité les parties à présenter leurs observations. Etant observé que « Le juge peut toujours entendre les parties elles-mêmes » (art. 20)<sup>82</sup>. Il est possible de renvoyer sur ces points à ce qui a été présenté, *supra*, à propos de l'analyse de « la matière litigieuse ».

Le juge ne peut « retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement » (art. 16, al. 2). Et c'est pourquoi il peut<sup>83</sup> « écarter du débat les pièces qui n'ont pas été communiquées en temps utile » (art. 135). Les articles 15 et 132 du CPC doivent ici être lus comme un ensemble imposant aux parties de communiquer leurs pièces à leur adversaire, spontanément, sur sommation, voire sur injonction du juge (art. 133) qui peut, le cas échéant, être accompagnée du prononcé d'une astreinte (art. 134). La sanction prévue par l'article 135 qui vise à rejeter les pièces tardives, ce que le juge apprécie souverainement<sup>84</sup>, se retrouve pour les conclusions déposées tardivement, comme dans l'effet produit par l'ordonnance de clôture qui prévoit une irrecevabilité de plein droit des conclusions et pièces produites aux débats (art. 783)<sup>85</sup>. La sanction s'appuie ainsi davantage sur le respect du temps utile que sur une obligation qu'aurait le juge de caractériser les circonstances particulières qui auraient empêché le respect du principe de la contradiction. Pourtant, la Cour de cassation a jugé que le juge doit « préciser les circonstances particulières qui ont empêché [le respect du] principe de la contradiction [...] »<sup>86</sup>. En revanche, « les pièces communiquées et les conclusions signifiées le jour [même] de l'ordonnance de clôture sont réputées communiquées ou signifiées avant celle-ci »<sup>87</sup>. Ceci étant, dans ce cas, il est possible au juge de considérer que le dépôt a été tardif en ce qu'il a placé l'adversaire dans

---

2° Un délai d'au moins six mois s'est écoulé depuis l'envoi de l'acte ;

3° Aucun justificatif de remise de l'acte n'a pu être obtenu nonobstant les démarches effectuées auprès des autorités compétentes de l'Etat où l'acte doit être remis ».

<sup>82</sup> Pour une illustration de texte exprès à ce sujet, v. art. 1441-1 CPC (contentieux de la passation des contrats de droit privé de la commande publique ; demandes présentées en vertu des articles 2 à 20 de l'ord. n° 2009-515 du 7 mai 2009) : « *Le juge qui envisage de prendre d'office une des mesures prévues aux articles 3, 6 et 15 à 18 de cette ordonnance doit, au préalable, inviter les parties à présenter leurs observations* ».

<sup>83</sup> Faculté et non obligation pour le juge : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 oct. 1992, n° 91-11.958, *Bull. civ.* II, n° 247.

<sup>84</sup> Cass. Ch. mixte, 3 févr. 2006, n° 04-30.592, *Bull.* n° 2. Le juge doit cependant motiver ces constatations souveraines : Cass. soc., 18 mai 2011, n° 10-30.421.

<sup>85</sup> V. dern., Cass. 3<sup>e</sup> civ., 6 mars 2012, n° 11-16.204. - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 mai 2011, n° 10-19819. - 5 mai 2011, n° 10-18.756. Sur la clôture partielle, v. art. 380 CPC.

<sup>86</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 janv. 2006, *Bull. civ.* II, n° 14.

<sup>87</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 3 mai 2011, n° 10-18.500 ; Cass. com., 4 juill. 2006, n° 04-19.577, *Bull. civ.* IV, n° 164.

l'impossibilité d'y répondre ; une telle attitude révèle « un comportement contraire à la loyauté des débats »<sup>88</sup>.

Le seul moyen pour néanmoins tenir compte des conclusions et pièces tardives, serait de révoquer l'ordonnance de clôture (art. 784 CPC<sup>89</sup>). Cette révocation suppose, aux termes du texte, une « cause grave » à l'appui de la demande de révocation, sur laquelle le juge a à s'expliquer et donc de nature à motiver la réouverture des débats<sup>90</sup>. En effet, lorsqu'il révoque l'ordonnance de clôture, le juge doit ordonner la réouverture des débats pour permettre aux parties de s'expliquer contradictoirement<sup>91</sup>.

Une autre piste est liée aux notes en délibéré. On sait qu'en 1975, le nouveau Code de procédure civile avait voulu mettre fin à cette pratique des notes en délibéré. Si elle était admise antérieurement, elle a fini par poser des difficultés en ce qu'elle pouvait contrevenir au principe de la contradiction. L'article 445 CPC, de ce fait, les interdit. Mais le texte ménage deux exceptions. D'abord, lorsque les parties répondent « aux arguments développés par le ministère public » ; ensuite, « à la demande du président dans les cas prévus aux articles 442 et 444 ». Ces textes envisagent, d'une part, la demande d'explications complémentaires aux parties<sup>92</sup> et, d'autre part, l'hypothèse dans laquelle en cours de délibéré, la juridiction a l'intention de soulever un moyen d'office. On constate cependant que, dans cette seconde occurrence, l'article 444 impose la réouverture des débats et donc, que le renvoi de l'article 445 à l'article 444 est maladroit<sup>93</sup>. Et dans le premier cas, le conseil que l'on peut donner est de rouvrir les débats, ce qui, à l'arrivée, est un gain de temps.

Le principe de la contradiction irrigue toute la procédure et toutes les procédures. Il vaut donc aussi **pour les procédures orales**, même si la contradiction s'exerce alors dans un intervalle de temps plus bref, qui est celui de l'audience. Il est toutefois possible, dans le souci d'assurer la contradiction, d'opérer un renvoi à une audience ultérieure.

La partie doit donc être présente à l'audience, personnellement ou par représentant autorisé par la loi et donc, toute pièce ou écriture envoyée par la poste ou déposée, sans comparaître, est irrecevable (exception : demande d'AJ) en l'absence physique des parties pour s'y référer à l'audience<sup>94</sup>. C'est aussi la raison pour laquelle un plaideur ne peut pas, oralement, former une demande nouvelle ou reconventionnelle alors que son adversaire est défaillant<sup>95</sup>.

Ceci étant, si une partie est présente à une audience et soutient oralement ses prétentions tout en déposant des écritures, « le juge [demeure] saisi de celles-ci [et est] tenu de statuer [dans

<sup>88</sup> Cf. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 4 mars 2004, n° 02-15.270, *Bull. civ. II*, n° 91. – 23 oct. 2003, n° 01-00.242, *Bull. civ. II*, n° 326. Rapp. Cass. com., 6 oct. 1999, n° 96-12.571, *Bull. civ. IV*, n° 181. – Cass. 2<sup>e</sup> civ., 2 déc. 1992, n° 91-15.787, *Bull. civ. II*, n° 294.

<sup>89</sup> V. en incise, Cass. com., 18 janv. 2011, n° 09-72.893 : « en tenant compte d'écritures postérieures à l'ordonnance de clôture intervenue le 25 mai 2009, qu'elle n'avait pas révoquée [...] ».

<sup>90</sup> Par ex. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 déc. 2010, n° 09-17.045, *Bull. civ. II*, n° 213.

<sup>91</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 26 févr. 1992, n° 90-19.991, *Bull. civ. II*, n° 72. V. depuis dans le même sens : 26 mai 2011, n° 10-18.416.

<sup>92</sup> Ce qui suppose un échange des notes en délibéré, pour s'assurer de la réalité de la contradiction.

<sup>93</sup> On remarquera que la Cour de cassation a jugé que la réouverture des débats « ordonnée en application des dispositions de l'article 444 [...] pour permettre aux parties de conclure sur une question posée » n'impose pas la révocation de l'ordonnance de clôture : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 mars 2004, n° 02-14971.

<sup>94</sup> De même, « l'oralité de la procédure imposant aux parties de comparaître ou de se faire représenter pour formuler valablement des prétentions et les justifier, ou pour y défendre, la partie qui ne comparaît pas ne peut être admise à se prévaloir d'un défaut de communication de pièces » : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 mars 2011, n° 10-14.364.

<sup>95</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 mai 2007, pourvoi n° 06-15.904, *Bull. civ. I*, n° 188 ; *Procédures* 2007, comm. n° 162, R. Perrot.

une audience ultérieure] sur leur bien-fondé »<sup>96</sup>. En revanche, le dépôt des « notes de plaidoiries » est prohibé dès l'instant qu'elles n'ont pas été soumises à un débat contradictoire<sup>97</sup>.

Une solution spécifique concerne le renvoi après cassation (art. 634) : devant la juridiction de renvoi, les parties qui ne comparaissent pas « sont réputées s'en tenir aux moyens et prétentions qu'elles avaient soumis à la juridiction dont la décision a été cassée ». Ce texte est applicable aux procédures orales<sup>98</sup>.

En procédure orale, les parties peuvent donc se référer aux prétentions et moyens éventuellement formulés par écrit (cf. art. 446-1) mais, lorsqu'une disposition particulière le prévoit, l'introduction d'une procédure écrite est possible, « sans se présenter à l'audience »<sup>99</sup> (néanmoins, selon la dernière phrase du texte, le juge peut toujours revenir à une présence des parties à l'audience).

En dehors des prétentions et des pièces, il est important de relever que le principe du contradictoire s'applique aussi dans le domaine probatoire et spécialement aux opérations d'expertise<sup>100</sup> et ce, jusqu'aux analyses que pourrait être amené à conduire un sapiteur auquel l'expert a fait appel, au moins sous la forme d'annexe au rapport de l'expert<sup>101</sup>. La décision de la Cour de cassation rendue dans cette dernière espèce montre que la nullité peut être prononcée alors même qu'une partie ne l'aurait pas invoquée. Ce qui montre que le respect du contradictoire est posé dans l'intérêt des parties, mais aussi de celui de la justice.

**Au regard de la preuve du respect de la contradiction**, il est admis que les moyens retenus par la décision, y compris ceux soulevés d'office<sup>102</sup>, sont présumés avoir été débattus contradictoirement<sup>103</sup>. Cette *présomption* est *simple*. Aussi, la charge de la preuve contraire incombe-t-elle aux parties. Cette solution essuie la critique d'une partie de la doctrine<sup>104</sup>, pour qui il est, en pratique, impossible d'apporter la preuve contraire en l'absence de mention dans le jugement ou le dossier du tribunal. La seule solution pour elles serait de passer par l'écrit, auquel les parties se référeront à l'audience (ce dont il sera laissé trace au dossier).

Je vois un dernier aspect de la contradiction et son respect par le juge, dans la règle qui veut que « En cas de changement survenu dans la composition de la juridiction après l'ouverture des débats, ceux-ci doivent être repris » (art. 432, al. 2). Le juge est alors le premier destinataire de la règle.

<sup>96</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 déc. 2009, n° 08-17.357, *Bull. civ.* II, n° 291. - Cass. 3<sup>e</sup> civ., 30 janv. 2002, n° 00-13.486 & 00-14.725, *Bull. civ.* III, n° 16 (cent quarante pages de conclusions dactylographiées -ces écritures ont « pu être valablement soutenues à l'audience par un plaideur comparant en personne »). Rapp. art. 469 : si, après comparution, une partie s'abstient, le juge statue par jugement contradictoire au vu des éléments dont il dispose, cf. CA Paris, 2 mars 2011, RG n° 10/24922.

<sup>97</sup> Cass. soc., 5 mai 2004, n° 02-40.859.

<sup>98</sup> Cass. soc., 10 déc. 1997, n° 94-42.185, *Bull. civ.* V, n° 433.

<sup>99</sup> Les dispositions particulières prévoyant cette faculté sont : TI et juge de proximité (art. 847-1), T. com. (art. 861-1), CA (art. 946), Jex (art. 13-1 d.31/07/1992), T. aff. sécu. soc. (art. R. 142-10 C. sécu. soc.), T. contentieux de l'incapacité (art. R. 143-10-1 C. sécu. soc.), Cour nationale de l'incapacité (art. R. 143-26 ; pour les parties qui adressent un mémoire à la cour / R. 143-25). Cet alinéa second ne s'applique donc pas aux référés (y compris aux référés d'instance), aux contredits, etc...

<sup>100</sup> CEDH, 19 mars 1997, *Mantovanelli c/ France*, Série A, *Rec.* 1997, II, n° 32.

<sup>101</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 15 avr. 2010, n° 09-10.239, *JCP G* 2010, 1191, S. Amrani-Mekki ; *JurisData* n° 2010-003869 ; *Procédures* 2010, comm. 220, obs. R. Perrot ; *D.* 2010, p. 2104, obs. J.-M. Sommer et L. Leroy-Gissinger. - V. déjà Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 janv. 2003, *Bull. civ.* II, n° 5.

<sup>102</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 mars 2003, n° 02-60.835, *Bull. civ.* II, n° 54.

<sup>103</sup> Cass. soc., 17 oct. 1973, n° 72-12.655, *Bull. civ.* V, n° 491. - 8 oct. 2003, n° 01-41.297, *Bull. civ.* V, n° 254.

<sup>104</sup> *Dalloz Action* 2009-2010, dir. S. Guinchard, § 332-41, p. 732 et p. 734.

**Le droit est la science des exceptions.** Même un principe aussi important que celui de la contradiction rencontre des limites. Celles-ci sont exprimées par l'article 17 qui indique que : la loi peut permettre, ou la nécessité commander, « qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie », celle-ci disposant alors « d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief ». On ajoutera qu'en matière gracieuse, en l'absence de litige, la contradiction n'a pas à être respectée par principe même. Mais le juge « a la faculté d'entendre sans formalités les personnes qui peuvent l'éclairer ainsi que celles dont les intérêts risquent d'être affectés par sa décision » (art. 27, al. 2) et les tiers, s'ils sont affectés par la décision rendue, disposent toujours de la voie de la tierce-opposition.

## **B. Les autres principes directeurs (motivation, publicité, impartialité, célérité, loyauté)**

### **Le juge doit :**

- **s'assurer de certaines prescriptions**, comme le fait de rendre la décision en délibérant conformément aux prescriptions de l'article 447<sup>105</sup>, c'est-à-dire par les juges qui ont assisté aux débats et en nombre tel que prévu par les textes.

- **motiver sa décision** (art. 455 CPC) ; cette obligation est expressément répétée à l'article 510, alinéa 3, à propos de l'octroi d'un délai de grâce. Le juge qui statuerait « par simple affirmation » violerait ainsi l'article 455<sup>106</sup>. Mais on remarque que pour la Cour de cassation, ce fait n'autorise pas le premier président à arrêter l'exécution provisoire de la décision au titre de l'article 524 et de la violation de l'article 12 (« arrêter l'exécution provisoire de droit en cas de violation manifeste du principe du contradictoire ou de l'article 12 [...] »<sup>107</sup>).

Il se rencontre aussi des jugements qui sont conformes aux prescriptions de l'article 455 et donc motivés, mais ils posent souci en termes d'impartialité du juge. Comme l'écrivait Henri Bergson, « Le rire doit répondre à certaines exigences de la vie en commun. Le rire doit avoir une signification sociale »<sup>108</sup>. Le rire du juge n'est pas attendu. Le sarcasme pas davantage. Le regard qu'il porte sur l'affaire dont il a à connaître ne doit être ni celui du curieux, ni celui du jugement moral et encore moins, celui qui se moque. La motivation injurieuse est donc prohibée<sup>109</sup>.

Il en va de même de la motivation qui n'en a que l'apparence. Ainsi, la motivation qui est le résultat d'un « copier-coller » formel :

- sur tous les points en litige des écritures d'une seule partie, ce qui est de nature à pouvoir « faire peser un doute légitime sur l'impartialité de la juridiction »<sup>110</sup>. En revanche, dès que la juridiction « a motivé sa décision, il importe peu que ses motifs soient, sur certains points, la

<sup>105</sup> « Il appartient aux juges devant lesquels l'affaire a été débattue d'en délibérer. Ils doivent être en nombre au moins égal à celui que prescrivent les règles relatives à l'organisation judiciaire ».

<sup>106</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 25 janv. 2012, n° 10-27357.

<sup>107</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 15 oct. 2009, n° 08-15489, *Bull. civ. II*, n° 246.

<sup>108</sup> Henri Bergson, *Le rire. Essai sur la signification du comique*, 1900, disponible sur : [http://classiques.uqac.ca/classiques/bergson\\_henri/le\\_rire/le\\_rire.html](http://classiques.uqac.ca/classiques/bergson_henri/le_rire/le_rire.html), v. spéc. p. 12.

<sup>109</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 14 sept. 2006, n° 04-20.524, *Bull. civ. II*, n° 222.

<sup>110</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 18 nov. 2009, n° 08-18.029, *Bull. civ. III*, n° 253. V. depuis : Cass. 3<sup>e</sup> civ., 10 janv. 2012, n° 10-28.271. – 18 nov. 2009, n° 08-18.029, *Bull. civ. III*, n° 253. – Cass. com., 31 mai 2011, n° 10-21.048. – 27 avr. 2011, n° 10-10.629. – 22 mars 2011, n° 10-14.589. – 15 févr. 2011, n° 10-30.816. – 19 oct. 2010, n° 09-68.265.

reproduction littérale des conclusions »<sup>111</sup> ; mais se limiter à « quelques adaptations de style » ne suffit pas<sup>112</sup> ;

- des conclusions du ministère public<sup>113</sup> ;

- de la décision du premier juge : les juges d'appel s'étaient contentés d'adopter les motifs du premier juge et de confirmer sa décision. La Cour de cassation leur reproche d'avoir statué « sans analyser, même succinctement, les moyens des parties »<sup>114</sup> ;

- voire des conclusions d'une partie et de motifs du premier juge<sup>115</sup>.

Il se rencontre, enfin, des décisions de la Cour de cassation qui ne semblent pas conformes à l'exigence d'une justice accessible et claire. Un exemple résulte de : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 janv. 2011, n° 10-15.172, inédit au Bulletin :

*« Vu l'article 1014 du code de procédure civile ;*

*Attendu que les moyens de cassation annexés, qui sont invoqués à l'encontre de la décision attaquée, ne sont pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;*

*DECLARE non admis le pourvoi ;*

*Condamne M. X... aux dépens ;*

*Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de M. X... et le condamne à payer la somme de 3 000 euros à Mme Y... ;*

*Ainsi décidé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-six janvier deux mille onze ».*

Comment le justiciable peut-il connaître les motifs qui ont, ici, animé la Haute juridiction ? Certes il est question, à l'article 1014, des « pourvois irrecevables ou non fondés sur un moyen sérieux de cassation », mais ne faudrait-il pas un minimum d'explications sur le rejet d'une procédure importante (c'est tout de même un recours extraordinaire) et coûteux ?

- **veiller à la publicité des débats**, sauf « sauf les cas où la loi exige ou permet qu'ils aient lieu en chambre du conseil » (art. 22), c'est-à-dire que « Le juge peut décider que les débats auront lieu ou se poursuivront en chambre du conseil s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée, ou si toutes les parties le demandent, ou s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice » (art. 435). On vit ici le jeu entre le pouvoir de proposition des parties et la décision du juge.

- Quant à **l'impartialité**, abordée sous certains aspects déjà, elle touche à l'égalité des citoyens devant la loi et forme « un élément essentiel de la confiance du public dans la justice »<sup>116</sup>. La garantie de l'impartialité des juridictions judiciaires est énoncée à l'article L. 111-5 COJ et l'on voit à l'article 346 CPC que : « Le juge, dès qu'il a communication de la demande [de récusation], doit s'abstenir jusqu'à ce qu'il ait été statué » sur elle<sup>117</sup>.

<sup>111</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 janv. 2012, n° 10-26.646. - Rapp. Cour EDH, *Garcia Ruiz c/ Espagne*, 21 janv. 1999, req. n° 30544/96 : le juge espagnol « déclarait entériner l'exposé des faits et les motifs figurant dans la décision de première instance pour autant qu'ils n'étaient pas incompatibles avec les siens propres. [La Cour de Strasbourg considère qu'il s'ensuit que le] requérant n'est donc pas fondé à soutenir qu'il péchait par manque de motivation même si, en l'occurrence, une motivation plus étayée eût été souhaitable ».

<sup>112</sup> Cass. com., 25 oct. 2011, n° 10-28.658. - 10 mai 2011, n° 10-30.634. - 25 oct. 2011, n° 10-28.658. - 10 mai 2011, n° 10-30.634.

<sup>113</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> juin 2011, n° 10-12.130. - 4 mai 2011, n° 10-15.173.

<sup>114</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 mars 2011, n° 10-16.154.

<sup>115</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 23 sept. 2010, n° 09-66.812.

<sup>116</sup> V. par ex. la Recommandation CM/Rec(2010)12, faite aux Etats membres sur les juges, adoptée le 17 nov. 2010 par le Comité des Ministres.

<sup>117</sup> La procédure de récusation n'entrant pas dans le champ de l'article 6 § 1<sup>er</sup> de la CEDH (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 sept. 2009, n° 08-14.495 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 juin 2010, n° 09-15.445, qui ajoute que : « il est statué sans qu'il soit nécessaire d'appeler les parties ; qu'il en résulte qu'en l'absence de débat et de toute disposition en ce sens, le

L'exigence d'impartialité, qui évoque l'article 6 § 1<sup>er</sup> de la Convention de sauvegarde, existait néanmoins en procédure française bien avant la signature de la Convention européenne. Cette dernière a cependant permis de développer la réflexion sur le sujet.

L'approche de la notion d'impartialité peut être opérée par celle de son contraire : la partialité, qui est l'état de celui qui prend parti pour ou contre une personne sans souci de justice ou de vérité. Est donc impartial celui qui apprécie ou juge une personne sans parti pris favorable ou défavorable. C'est le nécessaire effort de dépersonnalisation de la justice, que retrace sa représentation sous la forme d'une femme aux yeux bandés<sup>118</sup>. On conservera à l'esprit, avec le Doyen Carbonnier<sup>119</sup> que le procès est « l'institution d'une mise en doute avec une décision au bout ». S'impose une vision chronologique du procès : il importe au juge de ne pas arrêter son opinion trop tôt.

La notion d'impartialité renvoie à deux réalités différentes mais complémentaires<sup>120</sup> : la première vise le fort intérieur du magistrat ; la seconde consiste à observer les fonctions antérieurement exercées par le juge.

L'impartialité personnelle est présumée. La preuve contraire est difficile à établir et c'est pourquoi il est admis que des faisceaux d'indices objectifs peuvent conduire à cette démonstration. Le caractère injurieux de la décision rendue par le juge peut en être une illustration<sup>121</sup>, mais deux critères dominants se dégagent de l'étude de la jurisprudence. D'une part, lorsqu'existe un lien entre le juge et l'une des parties ; d'autre part lorsque le juge et l'une des parties appartiennent à une même affiliation.

---

ministère public n'avait pas à communiquer ses conclusions ou à les mettre à la disposition des parties, afin qu'elles aient la possibilité d'y répondre ».

<sup>118</sup> Sur l'origine de cette représentation : en 1494, le Doyen de la Faculté de droit de Bâle, Sébastien Brant, publie *La nef des Fous*, ouvrage illustré de gravures de bois dont l'une représente la justice, avec glaive et balance, en compagnie d'un fou qui lui bande les yeux. L'image est toutefois équivoque et peut aussi ici suggérer un jeu (Christian-Nils Robert, *La Justice, vertu courtisane et bourreau*, Georg éditeur, 1993, p. 90).

De tous temps, il a été considéré qu'un bon juge était nécessairement impartial. Cf. la Bible : « *Vous n'aurez pas de partialité dans le jugement* » (Deutéronome 1, 17).

<sup>119</sup> *Sociologie juridique*, PUF, 1994, p. 321.

<sup>120</sup> Cf. CEDH, *Micallef c. Malte*, 15 janv. 2008, n° 17056/06, § 73, solution reprise par la Grande chambre, 15 oct. 2009, § 95 : « La frontière entre l'impartialité subjective et l'impartialité objective n'est cependant pas hermétique car non seulement la conduite même d'un juge peut, du point de vue d'un observateur extérieur, entraîner des doutes objectivement justifiés quant à son impartialité (démarche objective) mais elle peut également toucher à la question de sa conviction personnelle (démarche subjective) ». Dans cette affaire, de trouble de voisinage/droit de propriété (linge mouillé à sécher au-dessus de la cour), la juridiction était composée de trois juges dont l'un était le frère de l'avocat de la partie adverse – partialité objective.

<sup>121</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 14 septembre 2006 : plusieurs personnes avaient saisi le juge de proximité de Toulon ; elles avaient réservé par Internet un mobil home de 20 m<sup>2</sup> pour la période du 19 juillet 2003 au 9 août 2003 pour le prix de 1.365 euros. Or, arrivées sur place, ces personnes constatent des fuites de gaz, une panne de réchaud, des fourmis dans les placards, des toilettes bruyantes, cassées et scotchées, une chasse d'eau déficiente, un congélateur hors service, une douche non raccordée, la présence de moustiques et de frelons, des mauvaises odeurs, un compteur d'électricité disjoncté, une serrure cassée... Elles saisissent le juge de proximité de Toulon et demandent le remboursement du prix de la location. Le juge de proximité de Toulon leur donne satisfaction et condamne le bailleur à une amende civile de 1.500 euros. Mais... voici le jugement qu'il a rédigé : les éléments de faits de la présente espèce démontrent « *la piètre dimension de la défenderesse qui voudrait rivaliser avec les plus grands escrocs, ce qui ne constitue nullement un but louable en soi sauf pour certains personnages pétris de malhonnêteté comme ici Mme X...* [le bailleur] *dotée d'un quotient intellectuel aussi restreint que l'est la surface habitable de sa caravane [...]* ». Dans cette espèce, le bailleur ne pouvait interjeter appel, et s'est donc pourvu en cassation. Le 14 septembre 2006, la deuxième Chambre civile casse le jugement rendu par le juge de proximité de Toulon sur le fondement de l'article 6 § 1<sup>er</sup> de la Convention de sauvegarde pour s'être prononcé « en des termes injurieux et manifestement incompatibles avec l'exigence d'impartialité »<sup>121</sup>. On notera au passage que la Cour de cassation a laissé les dépens à la charge du Trésor public, soulignant ainsi la gravité du dysfonctionnement constaté.

L'existence d'un lien entre le juge et l'une des parties a été mise en évidence par J. Racine, dans *Les plaideurs*, Acte II, Scène IX :

CHICANNEAU

Monsieur, je suis cousin de l'un de vos neveux.

LA COMTESSE

Monsieur, père Cordon vous dira mon affaire.

L'INTIMÉ

Monsieur, je suis bâtard de votre apothicaire.

Pour un exemple où la Cour de cassation a décidé que n'est pas impartial un Conseil de prud'hommes composé d'un conseiller dont la nièce vit avec le salarié en cause dans l'affaire, v. Cass. soc., 18 novembre 1998, *Bull. civ.* V, n° 506.

Quant à la même affiliation, en principe, ce fait ne suffit pas à caractériser la partialité du magistrat. La question a été posée à propos de « *l'appartenance à la franc-maçonnerie d'un juge et d'une partie* [et la CEDH a décidé que ce] *n'est pas en soi et en l'absence d'éléments particuliers internes à l'objet du procès, de nature à faire douter de l'impartialité du tribunal.* L'appréciation se fera donc au cas par cas<sup>122</sup>.

Il est prévu à l'article 341 une liste de situations dans lesquelles on peut craindre qu'un juge ne puisse pas être totalement impartial. La Cour de cassation, visant l'article 6 § 1<sup>er</sup> de la Convention européenne des droits de l'Homme, a répondu en 1998, que l'article 341 CPC n'épuisait pas nécessairement l'exigence d'impartialité requise par toute juridiction<sup>123</sup>. La liste de l'article 341 CPC n'est donc pas limitative.

Dans tous les cas, une importance tout particulière est à attacher à l'**apparence d'impartialité**. Le juge doit non seulement être impartial, il doit aussi sembler impartial aux yeux du justiciable ! « *Justice should not only be done but should manifestly and undoubtedly be seen to be done* » (« la justice ne doit pas seulement être rendue, mais il doit être manifestement et indubitablement visible qu'elle a été rendue »), *Lord Hewart*<sup>124</sup>.

Mais l'impartialité s'apprécie aussi objectivement, c'est-à-dire au regard des fonctions exercées antérieurement. Ainsi :

- l'impartialité est violée chaque fois que le juge, qui a déjà connu de l'affaire, aborde des questions identiques.

Lorsque, dans les deux saisines, les juges apprécient la même question (en l'espèce, les éléments constitutifs d'une infraction<sup>125</sup>), il existe des raisons objectives de craindre le préjugé. En revanche, après qu'ait été exercée une voie de recours, il faut distinguer « le renvoi en cas de vice de fond affectant de manière irrémédiable la décision attaquée de celui où, comme en l'espèce, ce n'est qu'un problème de procédure qui est en cause. Si l'on peut concevoir, dans la première hypothèse, des appréhensions du justiciable à l'égard de l'impartialité des magistrats appelés à rejurer l'affaire, tel et difficilement le cas dans la seconde hypothèse »<sup>126</sup>.

- de même, la partialité du juge est démontrée si l'intervention antérieure du juge dans l'affaire peut révéler une idée préconçue sur la solution au fond. Deux décisions révèlent cette approche<sup>127</sup> :

<sup>122</sup> Cour EDH, *Salaman c/ Royaume-Uni*, 15 juin 2000 ; *Maestri c/ Italie*, 17 févr. 2004.

<sup>123</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 avr. 1998, *RTD civ.* 1998, p. 744.

<sup>124</sup> Dans *R. v Sussex Justices Ex p. McCarthy* [1924] 1 K.B. 256.

<sup>125</sup> Affaire Mancel et Branquart c. France du 24 juin 2010 (n° 22349/06), § 40.

<sup>126</sup> CEDH, *Vaillant c. France*, 18 déc. 2008, § 33, n° 30609/04, *Procédures* fév. 2009, comm. 49, N. Fricero.

<sup>127</sup> V. dans un même sens : *Sainte-Marie c/ France*, 16 déc. 1992, Série A, n° 253-A ; *Chesne c. France*, 22 avril 2010, n° 29808/06.



. CEDH, *Hauschild c. Danemark*, 24 mai 1989, série A, n° 154 : le fait que la juridiction de jugement se soit prononcée antérieurement sur la détention provisoire de l'intéressé au cours de l'instruction préparatoire ne suffit pas, en l'absence d'autres preuves, à établir une opinion préconçue desdits juges. Le juge est-il allé au-delà de ce qui était nécessaire pour asseoir sa décision sur la détention provisoire ? Si oui, il ne peut plus siéger au fond. L'impartialité est approchée de manière subjective<sup>128</sup>.

. CEDH, *Adamkiewicz c. Pologne*, 2 mars 2010 (n° 54729/00) : l'impartialité du tribunal pour enfants comprenant le juge qui avait instruit le dossier : la cour (§ 101) indique que « le simple fait pour un juge d'avoir pris des décisions avant le procès ne peut justifier, en soi, des appréhensions relativement à son impartialité. Ce qui compte, c'est l'étendue des mesures adoptées par le juge avant le procès ; ici, l'ordonnance indiquait « que le requérant était l'auteur des faits » (§ 102). Partialité.

- mais la partialité peut aussi résulter du seul fait que le juge a été susceptible de se forger une opinion. Les décisions les plus connues en la matière concernent le juge des référés. Jusqu'en 1998, la jurisprudence rejetait toute idée de violation de la règle d'impartialité lorsque, pour une même affaire, un même juge est intervenu en référé puis au fond<sup>129</sup>. Un **revirement partiel** a été opéré par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation par deux arrêts du même jour (*Société Bord Na Mona c/ SA Norks Hydro Azote et Guillotel c/ Société Castel et Fromaget*), le **6 novembre 1998**<sup>130</sup>.

Le revirement est partiel, car une distinction est opérée par l'Assemblée plénière entre le référé-provision et les autres référés :

- dans le premier cas (**référé-provision** - référé qui tend à l'attribution d'une provision), le juge qui est intervenu en référé ne peut pas statuer par la suite sur le fond de l'affaire. En effet, selon l'Assemblée plénière (1<sup>re</sup> espèce), « *lorsqu'un juge a statué en référé sur une demande tendant à l'attribution d'une provision en raison du caractère non sérieusement contestable d'une obligation, il ne peut ensuite statuer sur le fond du litige afférent à cette obligation* » ; on remarquera que si le critère est le caractère non sérieusement contestable de l'obligation, ce n'est pas seulement le référé-provision qui est concerné par cette décision.

- dans les **autres cas de référé** (référé qui tend à la prescription d'une mesure conservatoire, référé qui tend à la prescription d'une mesure d'instruction), le juge qui est intervenu en référé peut statuer par la suite sur le fond de l'affaire. En effet, selon l'Assemblée plénière (2<sup>e</sup> espèce), « *la circonstance qu'un magistrat statue sur le fond d'une affaire dans laquelle il a pris préalablement une mesure conservatoire n'implique pas une atteinte à l'exigence d'impartialité* ».

Ceci étant, en dehors du référé, une question a été posée à propos du juge-commissaire, organe essentiel de contrôle de la procédure de redressement judiciaire des entreprises en difficultés, qui en quelques sorte, **instruit** le dossier<sup>131</sup>. La Chambre commerciale de la Cour de cassation n'avait jamais estimé que le fait d'avoir été « *l'homme-orchestre* » de la procédure constituerait un préjugement<sup>132</sup> ; mais la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de

<sup>128</sup> L'article 137-1 CPP issu de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 *tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale* est venu interdire ici le cumul de fonctions : « [le JLD] ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales dont il a connu ». Lire aussi E. Braun et Y. Strickler, note sous Colmar, ord., 16 juill. 2002, *JCP G* 2003. II. 10069.

<sup>129</sup> Par ex. Bordeaux, 10 mai 1990.

<sup>130</sup> *D.* 1999, p. 1 ; *JCP G* 1998. II. 10198.

<sup>131</sup> Nommé à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire avec, pour mission générale, de veiller au déroulement rapide de celle-ci et à la protection des intérêts en présence (créanciers, salariés...), il vérifie notamment les déclarations de créances, autorise certains actes graves, centralise toutes les informations relatives à la situation économique et financière de l'entreprise à redresser ou encore ordonne les opérations de liquidation.

<sup>132</sup> Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-16.751, *Bull. civ.* IV, n° 345. - 18 mars 2003, n° 00-12.005.

*sauvegarde des entreprises* est venue contredire la position de la Cour en insérant un nouvel art. L. 651-3 dans le Code de commerce, qui dispose expressément que le juge-commissaire ne peut ni siéger dans la formation de jugement du tribunal de commerce, ni participer au délibéré de celui-ci<sup>133</sup>.

La position de la Chambre commerciale était aussi celle, initiale, de la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>134</sup>. Mais par un arrêt *Le Stum c/ France* du 4 octobre 2007<sup>135</sup>, la Cour de Strasbourg a opéré un revirement et a conclu, à l'unanimité, à la violation de l'article 6 § 1<sup>er</sup> de la Convention, sous l'angle de l'exigence d'impartialité<sup>136</sup>. En cumulant ces deux fonctions juridictionnelles, le juge-commissaire était susceptible, selon la Cour, de se forger une opinion sur la question des fautes de gestion imputable au requérant, même s'il ne s'est pas expressément prononcé sur cette question dans le cadre de sa mission première. En revanche, des magistrats peuvent siéger successivement sur le redressement puis la liquidation judiciaire d'une entreprise<sup>137</sup>.

On peut se demander si cette nouvelle orientation ne risque pas, à terme, de poser un souci au juge de la mise en état qui participe lui aussi au délibéré de la formation de jugement des juridictions civiles et, plus largement encore, à tous les autres juges spécialisés qui, par la suite, participent au délibéré de la formation de jugement ? On pense au juge aux affaires familiales, que l'article 1074 CPC présente comme tout à la fois conciliateur, juge de la mise en état, juge des référés et juge du fond<sup>138</sup>.

- de rapides mots, thématique oblige, sur la **célérité**, qui est une application du droit à une décision de justice dans un délai raisonnable, prévu par diverses dispositions internationales comme nationales, sachant que la sanction du délai raisonnable relève d'abord de la mission des Etats membres et ce n'est que subsidiairement que la Cour européenne des droits de l'Homme doit avoir à intervenir<sup>139</sup>.

On rappellera que la sanction qui s'attache à la violation de l'obligation de se prononcer dans un délai raisonnable n'est pas l'annulation de la procédure mais la réparation du préjudice résultant éventuellement du délai subi<sup>140</sup>.

- enfin, l'exigence de **loyauté en procédure civile**<sup>141</sup>. Elle a fréquemment été associée au principe de la contradiction et est orientée autour de trois axes : elle est celle des débats, celle des preuves et celle du juge lorsqu'il intervient dans l'échange entre les parties privées.

<sup>133</sup> A condition cependant que le plaideur qui s'en plaint le fasse avant la clôture des débats : Cass. com., 28 sept. 2004, n° 03-11.610.

<sup>134</sup> Cour EDH, 6 juin 2000, *Morel c/ France*, D. 2001, somm. p. 1062, obs. N. Fricero ; v. depuis, 24 janv. 2002, *Delage et Magistrello c/ France*.

<sup>135</sup> Req. n° 17997/02.

<sup>136</sup> La formation de jugement d'un tribunal de commerce appelée à statuer sur la faute de gestion d'un dirigeant de société était présidée par le juge-commissaire précédemment désigné lors de la procédure de redressement de cette même société.

<sup>137</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 27 janv. 2011, n° 10-01.182, *Bull. civ.* II, n° 21.

<sup>138</sup> V. D. Zerouki, « Impartialité et exercice successif de fonctions : le cas du juge du divorce », *Dr. fam.* 2002 chron. 26.

<sup>139</sup> Cour EDH, *Kudla c/ Pologne*, 26 oct. 2000, req. n° 30210/96 ; *AJDA* 2000. 1012, obs. J.-F. Flauss ; *RTD civ.* 2001, p. 442, obs. J.-P. Marguénaud.

<sup>140</sup> Sous réserve de disposition spéciales comme par exemple en matière d'assistance éducative, où l'article 1185 CPC énonce : « La décision sur le fond doit intervenir dans un délai de six mois à compter de la décision ordonnant les mesures provisoires, faute de quoi l'enfant est remis à ses père, mère, tuteur, personne ou service à qui il a été confié, sur leur demande ».

<sup>141</sup> Y. Strickler, « La loyauté processuelle », in *Principes de justice*, Mél. J.-F. Burgelin, Dalloz, 2008, p. 355.

La cour d'appel de Paris, dans une décision de 2007 rendue en matière d'arbitrage, recense clairement ces trois orientations<sup>142</sup> :

*« Considérant que le principe de la contradiction permet d'assurer la loyauté des débats et le caractère équitable du procès en empêchant notamment qu'une décision ne soit rendue sans que chaque partie n'ait été en mesure de faire valoir ses prétentions de fait et de droit, de connaître les prétentions de son adversaire et de les discuter, ou qu'une écriture ou document n'ait été porté(e) à la connaissance du tribunal arbitral sans être également communiqué(e) à l'autre partie, et à ce qu'aucun moyen de fait ou de droit ne soit soulevé d'office sans que les parties aient été appelées à le commenter ».*

Le principe de loyauté apparaît souvent comme une déclinaison ou une mise en application de principes formellement contenus dans le Code. Est-il cependant un principe autonome ?

La Cour de cassation a déclaré que : « le juge est tenu de respecter et de faire respecter la loyauté des débats »<sup>143</sup>. Spécialement, « le juge ne peut écarter des débats des conclusions et pièces communiquées par les parties sans préciser les circonstances particulières qui ont empêché de respecter le principe de la contradiction ou caractériser un comportement de leur part contraire à la loyauté des débats »<sup>144</sup>. Il résulte de cette décision que le rejet des écritures peut, comme antérieurement, être justifié par l'impossibilité de répondre utilement dans laquelle est placée la partie adverse<sup>145</sup>, mais qu'il peut aussi, aujourd'hui, trouver sa source dans la seule déloyauté processuelle constatée<sup>146</sup>.

\*

\*

\*

<sup>142</sup> CA Paris, 1<sup>ère</sup> Ch., Sect. C, 14 juin 2007, RG 05/22672 (source Internet : [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)).

<sup>143</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 juin 2005, *Bull. civ.* I, n° 241, *D.* 2005, p. 2570, note M.-E. Boursier, *RTD civ.* 2006, p. 151, obs. R. Perrot, qui relève l'identité de la formulation utilisée à celle de l'article 16 sur le principe de la contradiction et qui considère cependant que la loyauté peut être une règle d'interprétation, non un principe directeur du procès. L'arrêt vise les articles 10 du Code civil (obligation « d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité ») et 3 du Code de procédure civile (pouvoir de régulation de la cause confié au juge).

<sup>144</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 janv. 2006, *Bull. civ.* II, n° 14.

<sup>145</sup> V. aussi *supra*, p. 17.

<sup>146</sup> Autres traces du principe de loyauté en jurisprudence : Cass. com., 12 juill. 2011, n° 09-71.764, *Bull. civ.* IV, n° 120 (rabat d'office d'un arrêt du 8 mars 2011 : « ni la méconnaissance du principe de loyauté des débats, ni le grief tiré d'une violation de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne constituent un excès de pouvoir »). - Cass. com., 24 mai 2011, n° 10-18.267, *Bull. civ.* IV, n° 82 : « principe de loyauté dans l'administration de la preuve » (v. aussi et par ex. Cass. crim., 4 juin 2008, n° 08-81.045, *Bull. crim.* n° 141). - Cass. com., 16 nov. 2010, n° 09-71.935, *Bull. civ.* IV, n° 175 (vise « le principe de loyauté tout en rejetant le moyen proposé à cet égard »). - Cass. 3<sup>e</sup> civ., 27 sept. 2006, n° 05-16.451, *Bull. civ.* III, n° 192 (à propos de la preuve).